
Sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling – i et kautionsret- ligt perspektiv

En undersøgelse af sikkerhedsstillelsen i et kautionsretligt perspektiv samt af forholdet mellem retspraksis om sikkerhedsstillelsen og de grundlæggende hensyn bag reglerne

Kandidatspeciale – forår 2019

Jeppe Vistisen

Peter Lyhne Nielsen

Aalborg Universitet – Juridisk Institut

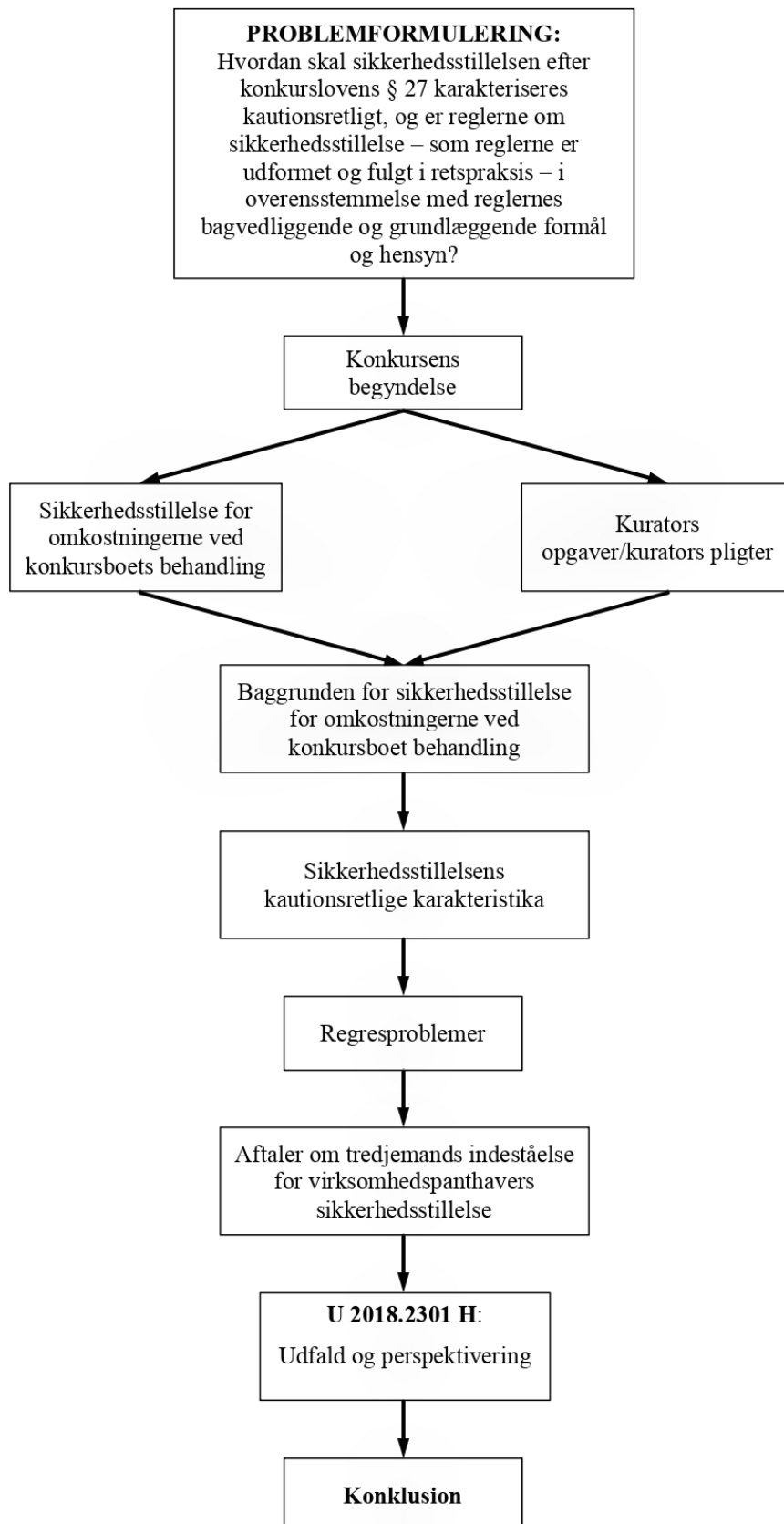
Vejleder: Anders Ørgaard

20. maj 2019

Titelblad

Uddannelsessted:	Aalborg Universitet – Juridisk Institut
Vejleder:	Anders Ørgaard
Projektart:	Kandidatspeciale
Retsområde:	Formueret
Projekttitle:	Sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling – i et kautionsretligt perspektiv
Title of project:	Security for the costs incidental to administering the bankruptcy estate – in a guarantee perspective
Afleveringsdato:	20. maj 2019
Anslag i alt:	166.874
Udarbejdet af:	Jeppe Vistisen (studienr.: 20146381) Peter Lyhne Nielsen (studienr.: 20145418)

Kandidatspecialets opbygning



Indholdsfortegnelse

1. Emnefelt	7
1.1 Indledende betragtninger	7
1.2 Problemformulering	7
1.3 Metode og kilder	7
2. Konkursens begyndelse og kurators opgaver	10
2.1 Konkursens indtræden og formål	10
2.2 Sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling	10
2.2.1 Generelt	10
2.2.2 Rekvirentens og statskassens sikkerhedsstillelse	11
2.2.3 Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse	12
2.2.4 Sikkerhedsstillelsens genstand	13
2.3 Kurators opgaver	13
2.3.1 Kuratorfuldmagten	13
2.3.2 Afdækning af uredelige forhold	14
2.3.3 Konkurskarantæneundersøgelser	14
2.3.4 Omstødelse	15
2.3.5 Realisation af aktiver	16
2.4 Boets afslutning efter KL § 143	16
3. Baggrunden for sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling	18
3.1 Hensynene bag rekvirentens sikkerhedsstillelse	18
3.2 Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse	18
3.2.1 Systematikken bag reglerne om virksomhedspant	18
3.2.2 Hensynene bag virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse	19
4. Sikkerhedsstillelsens kautionsretlige karakteristika	22
4.1 Generelt om sikkerhedsstillelsens kautionsretlige karakteristika	22
4.2 Kautionsformer	23
4.2.1 Hovedformer for kaution	23
4.2.2 Kautionsens ydelsestid	23
4.2.2.1 Simpel kaution	23
4.2.2.2 Selvskyldnerkaution	23
4.2.2.3 Tabskaution	23
4.2.3 Kautionsens omfang	24
4.2.3.1 Fuldstændig kaution	24
4.2.3.2 Delkaution	24
4.2.3.3 Beløbsbegrænset kaution	24
4.2.4 Særlige kautionsformer	25
4.2.4.1 Kontrakautation	25
4.3 Sikkerhedsstillelsens kautionsretlige karakteristika efter praksis	25
4.3.1 Eksempler fra praksis	25
4.3.1.1 Indledende	25
4.3.1.2 Rekvirentens sikkerhedsstillelse	25
4.3.1.3 Statskassens indeståelse	26
4.3.1.4 Statskassens indeståelse og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse	28
4.3.2 Særligt om U 2018.2301 H	30
4.3.2.1 Indledende	30
4.3.2.2 Omfang	30

4.3.2.3 Ydelsestid	31
4.4 Delkonklusion	32
4.4.1 Omfang	32
4.4.2 Ydelsestid	33
5. Regresproblemer	34
5.1 Regreskravet	34
5.2 Regreskravets status som konkurskrav	34
5.3 Regreskravets forhold til en alskyldserklæring	35
5.3.1 Generelt	35
5.3.2 Omfanget af en alskyldserklæring	36
5.3.3 Forholdet mellem regreskravet og en alskyldserklæring	37
5.3.4 Sammenfatning	38
6. Tredjemands indeståelse for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse	39
6.1 Generelt og problemstilling	39
6.2 Aftalens karakteristika	39
6.3 Aftalens rimelighed	41
6.4 God pengeinstitutsik	44
6.4.1 Generelt	44
6.4.2 Retlig regulering af god pengeinstitutsik	44
6.4.3 Forholdet mellem god skik-regler og rimeligheds- og hæderlighedsregler	45
6.4.4 Forholdet mellem aftalen og god skik-regler	45
6.5 Sammenfatning	46
7. Udfald og perspektivering – U 2018.2301 H	47
7.1 Indledende	47
7.2 Modgående hensyn – U 2018.2301 H	47
7.2.1 Forholdet til hensynene bag virksomhedspant	47
7.2.2 Kurators opgaver	48
7.2.3 Kreditorernes interesser	49
7.2.4 Samfundsmæssige hensyn	50
7.2.5 Sø- og Handelsrettens skifterets beslutning om forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen	51
7.2.6 Sammenfatning	52
7.3 Perspektivering – U 2018.2301 H	52
7.3.1 Kurators opgaver	52
7.3.1.1 Manglende konkursbehandling	52
7.3.1.2 Habilitetskonflikt	52
7.3.1.3 Kurators strafansvar	53
7.3.2 Kreditorernes interesser	53
7.3.2.1 Omstødelsesundersøgelser	53
7.3.2.2 Virksomhedspantets aggressivitet i relation til omstødelse	54
7.3.2.3 Manglende sikring og registrering af boets aktiver	55
7.3.2.4 Tredjemandsaktiver	55
7.3.3 Samfundets interesser i en konkursbehandling	55
7.3.3.1 Manglende politimæssig efterforskning	55
7.3.3.2 Forøget risiko for misbrug	56
7.3.3.3 Risiko for færre skatteindtægter	57
7.3.3.4 Skifterettens konkursbehandling	57
7.3.3.5 Risiko for et øget antal tvangsopløsninger	57
7.3.4 Sø- og Handelsrettens skifterets forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen	58

7.3.5 Kurators mulige erstatningsansvar	59
7.3.6 Sammenfatning.....	61
8. Konklusion.....	63
9. Abstract.....	66
10. Litteraturliste	68
11. Anslagsdokumentation	74

1. Emnefelt

1.1 Indledende betragtninger

Konkursloven indeholder regler om sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling.

De gældende regler om sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling giver anledning til forskellige overvejelser, herunder især som følge af Højesterets afgørelse af 25. april 2018 i sag 28/2017 (U 2018.2301 H). Her fandt Højesteret, at statskassens og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling skulle reduceres med et beløb svarende til boets aktiver, herunder et vederlag fra virksomhedspanthaver, som hidrørte fra kurators bestyrelse og realisation af de virksomhedspantsatte aktiver. Som følge af afgørelsen har Konkursrådet i en udtalelse af 12. juni 2018 henstillet til snarligt at blive anmodet om at tage stilling til konsekvenserne af den praksis, som fastlægges i afgørelsen.¹ Reglerne bliver desuden særligt aktuelle af, at ca. en tredjedel af samtlige konkursboer slutes efter konkurslovens (KL) § 143. Dermed bliver reglerne aktuelle af, at den efter KL § 27 stillede sikkerhed og det enkelte konkursbos aktivmasse viser sig ikke at være tilstrækkelige til at dække yderligere omkostninger ved konkursboets behandling.²

Sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling er ofte en særlig forudsætning for, at konkursboer kan undergives en egentlig bobehandling. Reglerne herom udfordres som nævnt i retspraksis. Derfor vil reglerne blive belyst i nærværende undersøgelse med henblik på at undersøge, hvordan retstilstanden omkring sikkerhedsstillelsen præcist må fastlægges.

1.2 Problemformulering

Undersøgelsen tager udgangspunkt i følgende problemformulering:

Hvordan skal sikkerhedsstillelsen efter konkurslovens § 27 karakteriseres kautionsretligt, og er reglerne om sikkerhedsstillelse – som reglerne er udformet og fulgt i retspraksis – i overensstemmelse med reglernes bagvedliggende og grundlæggende formål og hensyn?

1.3 Metode og kilder

For at besvare undersøgelsens problemformulering vil den retsdogmatiske metode blive anvendt. Undersøgelsen beskriver og analyserer den gældende retstilstand vedrørende sikkerhedsstillelsen efter KL

¹ Konkursrådets udtalelse den 12. juni 2018, s. 23.

² Hansen m.fl.: Insolvensprocesret, s. 181.

§ 27, herunder hvordan sikkerhedsstillelsen skal karakteriseres kautionsretligt, samt om reglerne i praksis er i overensstemmelse med lovgivningens bagvedliggende formål og hensyn.³

Til at beskrive og analysere gældende ret er anvendt forskellige retskilder. Ifølge den nordiske retskildelære eksisterer der fire retskildegrupper, som består af love, retspraksis, sædvaner og forholdets natur.⁴ Ikke alle retskilder har den samme retskildemæssige værdi, og retskilderne må derfor indplaceres i et retskildehierarki.⁵

I undersøgelsen er der alene taget udgangspunkt i dansk ret. Her er den relevante retskilde især konkursloven. Loven har en særlig placering i forhold til øvrige retskilder, og loven kan betragtes som den øverste retskilde i retskildehierarkiet.⁶ I særdeleshed inddrages KL § 27, da bestemmelsen regulerer sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursbehandling. Som følge af den danske retskildeteori inddrages lovforarbejder som fortolkningsbidrag.⁷ Sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling er, som følge af bl.a. betækningsarbejde fra Konkursrådet, blevet tilpasset med årene. Af samme grund medtages de afgivne konkursbetæknninger som fortolkningsbidrag.

Med vished om afgørelses præjudikatsværdi inddrager undersøgelsen også relevant retspraksis. Særligt indeholder afgørelsen U 2018.2301 H relevante problemstillinger, som er af betydning for ovenstående problemformulering. Imidlertid har øvrige faktorer betydning for afgørelses præjudikatsværdi, herunder den afsigende instans, en afgørelses alder og evt. dissens.⁸ Højesterets afgørelser forventes at blive fulgt i senere sager om lignende retlige problemstillinger. Det gælder, uanset om senere afgørelser skal træffes af Højesteret eller øvrige danske domstole. Ligeledes kan underretternes afgørelser have præjudikatsværdi, men Højesteret vil senere kunne ændre denne praksis. Dermed har Højesterets afgørelser den største præjudikatsværdi i dansk ret.⁹ Byrets- og skifteretsafgørelser er nederst i domstolens hierarkiske struktur og kan indbringes for højere instans. Byrets- og skifteretsafgørelser kan dog fortsat have præjudikatsværdi, men som udgangspunkt har disse den mindste præjudikatsværdi.¹⁰ Med dette for øje inddrager undersøgelsen én enkelt byretsafgørelse og en række skifteretsafgørelser. Herudover inddrages landsretsafgørelser, der til tider kan indbringes for Højesteret, men som dog kan tillægges større præjudikatsværdi end byrets- og skifteretsafgørelser. Idet domstolens afgørelser kan tillægges

³ *Tvarnø m.fl.*: Retskilder og retsteorier, s. 29 f. og *Munk-Hansen*: Den juridiske løsning, s. 85.

⁴ *Munk-Hansen*: Den juridiske løsning, s. 15.

⁵ *Andersen*: Ret og Metode, s. 135.

⁶ *Munk-Hansen*: Retsvidenskabsteori, s. 255 f.

⁷ *Munk-Hansen*: Den juridiske løsning, s. 50 ff.

⁸ *Lilja m.fl.*: Domsanalyse, s. 30 ff.

⁹ *Evald*: Juridisk teori, metode og videnskab, s. 104 f.

¹⁰ *Lilja m.fl.*: Domsanalyse, s. 33 ff.

betydning i fremtidige sager af lignende art, er der grundlag for at anse retspraksis for at være en retskilde.¹¹

Undersøgelsen inddrager også juridisk litteratur. Det skal dog bemærkes, at retslitteratur ikke udgør en retskilde.¹² Selvom retslitteraturen ikke er en retskilde, udgør den juridiske litteratur fortolkningsbidrag til retskilderne. I undersøgelsen karakteriseres sikkerhedsstillelsen efter KL § 27 endvidere kautionsretligt. Da kautionsretten hovedsageligt er ulovreguleret, har den juridiske litteratur en afgørende rolle i denne del af undersøgelsen.

I modsætning til gældende ret står retspolitiske forslag. Retspolitik vedrører analyse af problemer og anvisning af mulige løsninger herpå.¹³ Retspolitiske overvejelser bør dermed ikke indgå i en analyse og beskrivelse af gældende ret.¹⁴ I undersøgelsen perspektiveres imidlertid til en række konkursretlige hensyn, som er svære at forene med den gældende retstilstand i retspraksis om håndtering af sikkerhedsstillelsen i KL § 27. Her vil gældende ret blive beskrevet i et retspolitisk perspektiv.

¹¹ *Munk-Hansen*: Retsvidenskabsteori, s. 320.

¹² *Munk-Hansen*: Retsvidenskabsteori, s. 372 f.

¹³ *Munk-Hansen*: Retsvidenskabsteori, s. 73 ff.

¹⁴ *Tvarnø m.fl.*: Rettkilder og retsteorier, s. 446 f.

2. Konkursens begyndelse og kurators opgaver

2.1 Konkursens indtræden og formål

En skyldner, som ikke opfylder sine forpligtelser, kan blive mødt af kreditorforfølgning. Overordnet sondres der mellem universal- og individualforfølgning. Konkursbehandling er universalforfølgning.¹⁵

En konkurs er det definitive civilretlige retsskridt mod en skyldner og er kun et tema, hvis skyldner er insolvent.¹⁶ En skyldner er insolvent, hvis skyldner ikke kan betale sine fordringer til forfaldstiden, medmindre betalingsudygtigheden er forbigående, jf. KL § 17, stk. 2. Der skal hermed udmåles en prognose over den fremtidige økonomiske udvikling, således at der ikke kun opstilles et øjebliksbillede af skyldners økonomi.¹⁷

Forudsat at konkursbetingelserne er opfyldt, og konkursbegæring er indleveret til skifteretten, afsiger skifteretten konkursdekret.¹⁸ Fra dette tidspunkt etableres et konkursbo. Konkursboet er en selvstændig juridisk person, som kan blive berettiget og forpligtet i retlig henseende.¹⁹ På klokkeslættet for dekretets afsigelse mister skyldner råderetten over de aktiver, som er omfattet af konkursen.²⁰ Fratagelse af råderetten omfatter både rettigheder og forpligtelser.²¹ I stedet er det den udpegede kurator, som tegner boet og råder over dets aktiver. Kurator realiserer boets aktiver og fordeler provenuet. Formålet med konkursbehandling er navnlig en ligelig og samlet fyldestgørelse af kreditorerne.²²

2.2 Sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling

2.2.1 Generelt

Omkostningerne ved boets behandling skal som udgangspunkt dækkes af konkursboets midler.²³ Der er dog behov for, at der stilles sikkerhed for disse omkostninger. Dette kan bl.a. være i tilfælde, hvor der er usikkerhed om værdien af boets aktivmasse.²⁴ Derudover vil kurator tilpasse sin arbejdsindsats i overensstemmelse med udsigten til betaling herfor.²⁵ Reglerne om sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling fremgår af KL § 27. Der skelnes mellem henholdsvis rekvirentens sikkerhedsstillelse, jf. KL § 27, stk. 1, statskassens indeståelse, jf. KL § 27, stk. 3, og virksomhedspant-havers sikkerhedsstillelse, jf. KL § 27, stk. 4 og 5. I det følgende vil *sikkerhedsstillelsen* – medmindre

¹⁵ von Eyben *m.fl.*: Kreditorforfølgning, s. 15 f.

¹⁶ Jensen: Konkursretten, s. 15.

¹⁷ von Eyben *m.fl.*: Kreditorforfølgning, s. 171 ff.

¹⁸ Bet. 606, s. 89.

¹⁹ Ørgaard: Konkursret, s. 27.

²⁰ Bet. 606, s. 91.

²¹ Bet. 606, s. 89.

²² Bet. 606, s. 89.

²³ Hansen *m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 181.

²⁴ Hansen *m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 181.

²⁵ Hansen *m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 186.

andet fremgår – være en fællesbetegnelse for konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse, statskassens indeståelse og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved boets behandling.

2.2.2 Rekvirentens og statskassens sikkerhedsstillelse

Afsigelse af konkursdekret er som udgangspunkt betinget af, at konkursrekvirenten stiller sikkerhed for omkostningerne ved boets behandling, jf. KL § 27, stk. 1. Har flere begæret konkursen, påhviler forpligtelsen til at stille sikkerheden disse solidarisk og indbyrdes lige, jf. KL § 27, stk. 1, 3. pkt. Såfremt en kreditor har begæret konkursen eller har stillet sikkerhed for omkostningerne, hæfter denne ikke for omkostninger ud over sikkerhedsstillelsen, jf. KL § 27, stk. 6.

Sikkerhedsstillelsen efter KL § 27, stk. 1 skal ikke stilles, hvis der er stillet sikkerhed efter KL § 11 a, stk. 7, jf. KL § 27, stk. 2. Dette er de tilfælde, hvor skyldner forud for konkursen har været under rekonstruktionsbehandling, og hvor rekonstruktionsbehandlingen ophører, hvorefter skyldner i medfør af KL § 15, stk. 3 tages under konkursbehandling. I disse tilfælde er indledning af den forudgående rekonstruktionsbehandling betinget af, at den, der har fremsat begæring om indledning af rekonstruktionsbehandling, stiller den i KL § 27, stk. 1 nævnte sikkerhed for en eventuel efterfølgende konkursbehandling, jf. KL § 11 a, stk. 7.

Som udgangspunkt gælder kravet om sikkerhedsstillelse efter KL § 27, stk. 1 for alle kreditorer. Det gælder også, selvom boets aktivmasse er tilstrækkelig til at dække § 93-kravene.²⁶ Skifteretten kan dog fritage konkursrekvirenten for at stille sikkerhed, således at statskassen i stedet indestår for omkostningerne ved konkursbehandlingen, jf. KL § 27, stk. 3. Dette kan bl.a. ske i de tilfælde, hvor særlige hensyn til en kreditor taler for, at den pågældende skal fritages for at stille sikkerhed efter KL § 27, stk. 1. Det vil ofte være lønmodtagere i skyldners virksomhed, men lønmodtagere vil ikke i alle tilfælde blive fritaget for at stille sikkerhed.²⁷ I de tilfælde hvor skyldner er et selskab, kan skifteretten endvidere fritage for sikkerhedsstillelse efter KL § 27, stk. 1, såfremt konkursen er begæret af selskabet selv, og Erhvervsstyrelsen har truffet afgørelse om tvangsopløsning af selskabet, jf. KL § 27, stk. 3, nr. 2. Fritagelse kan kun ske i de tilfælde, der fremgår af KL § 27, stk. 3. Skifteretten har således ikke mulighed for at fritage af andre grunde eller i andre tilfælde end de i bestemmelsen nævnte.²⁸

²⁶ Hansen *m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 182.

²⁷ Hansen *m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 185.

²⁸ Bet. 1512, s. 411.

Den i KL § 27, stk. 1 nævnte sikkerhedsstillelse er efter fast praksis beløbsbegrænset og fastsættes skønsmæssigt af skifteretten i forhold til boets umiddelbare karakter eller efter et skøn over de omkostninger, som forventes at påløbe inden konkursboets slutning efter KL § 143, stk. 1.²⁹ Som altovervejende udgangspunkt stilles sikkerheden med kr. 30.000.³⁰ SØ- og Handelsrettens skifteret har dog pr. 1. juli 2017 ændret denne faste praksis, således at konkursdekreter afsagt af SØ- og Handelsrettens skifteret som udgangspunkt er betinget af, at konkursrekvirenten stiller sikkerhed med kr. 40.000 for omkostningerne ved konkursboets behandling.³¹ Praksisændringen er begrundet i det mere omfattende arbejde med konkurskarantæneundersøgelser, der har vist sig at være behov for. Derfor er kr. 10.000 af de samlede kr. 40.000 øremærkede til sådanne indledende konkurskarantæneundersøgelser. Kurator kan dermed ikke anvende denne del af sikkerhedsstillelsen til andre opgaver. Konkursrekvirenten kan derfor ende med at få noget af den stillede sikkerhed tilbagebetalt, hvis det fx viser sig, at der alene er behov for at foretage konkurskarantæneundersøgelser i et meget begrænset omfang, og omkostningerne herved ikke påløber sig til kr. 10.000 eller mere.³²

2.2.3 Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse

Såfremt der på fristdagen er tinglyst virksomhedspant i skyldners aktiver, skal virksomhedspanthaver straks efter konkursdekretets afsigelse tillige stille sikkerhed for omkostningerne ved konkursboets behandling, jf. KL § 27, stk. 4. Sikkerheden skal stilles med et fast beløb på kr. 50.000. Såfremt der ikke er tinglyst virksomhedspant på fristdagen, påhviler denne forpligtelse virksomhedspanthavere, der senere end to år før fristdagen har aflyst et virksomhedspant, medmindre aflysningen fremtrådte som ordinær. Det afgørende bliver, om aflysningen er forretningsmæssigt begrundet.³³ En ordinær aflysning kan eksempelvis forekomme ved en normal afvikling af lånearrangementet eller ved skifte af pengeinstitut.³⁴

Virksomhedspanthaver skal stille sikkerhed, uanset hvem der har indgivet konkursbegæringen mod skyldner.³⁵ Dette gælder tilsvarende, såfremt virksomhedspantet er helt eller delvist omstødeligt.³⁶ Såfremt virksomhedspanthaver også er konkursrekvirent, kan skifteretten kræve sikkerhedsstillelse af denne både som konkursrekvirent og som virksomhedspanthaver.³⁷ Skal flere virksomhedspanthavere

²⁹ *Paulsen*: Insolvensret – konkurs, s. 279 og *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 151.

³⁰ *Jensen*: Konkursretten, s. 57, *von Eyben m.fl.*: Kreditorforfølgning, s. 181 og *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 26.

³¹ SØ- og Handelsretten: Forhøjelse af sikkerhedsstillelse ved konkurser (den 23. maj 2017).

³² SØ- og Handelsretten: Forhøjelser af sikkerhedsstillelse ved konkurser (den 23. maj 2017).

³³ Bet. 1459, s. 334 f., *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 152 og *Flindhardt*: Virksomhedspant, s. 329.

³⁴ Bet. 1459, s. 195 og 334 og *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 152.

³⁵ *Heiberg m.fl.*: Virksomhedspant, s. 43.

³⁶ *Heiberg m.fl.*: Virksomhedspant, s. 43.

³⁷ Bet. 1459, s. 336 og *Heiberg m.fl.*: Virksomhedspant, s. 43.

stille sikkerhed for omkostningerne ved boets behandling, påhviler forpligtelsen virksomhedspanthaverne solidarisk og indbyrdes i forhold til pantets værdi. Skifteretten kan således kræve hele sikkerheden fra fx én af flere virksomhedspanthavere, der er forpligtet til at stille sikkerhed.³⁸ Herefter må virksomhedspanthavernes indbyrdes fordeling afgøres. Da opgørelsen heraf afhænger af pantets værdi, er det ikke panterettighedernes tinglyste rammer, der bliver afgørende, men i stedet den dækning, der opnås gennem pantet.³⁹

Såfremt virksomhedspanthaver skal stille sikkerhed, nedsættes konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse til halvdelen, jf. KL § 27, stk. 1, 2. pkt. Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse er endvidere subsidiær i forhold til konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse og eventuel sikkerhedsstillelse efter KL § 11 a, stk. 7, jf. KL § 27, stk. 4, 2. pkt. Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse aktualiseres således kun, såfremt konkursboets aktivmasse først viser sig ikke at være tilstrækkelig til at dække omkostningerne til konkursboets behandling, og såfremt konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse efterfølgende viser sig heller ikke at være tilstrækkelig.

2.2.4 Sikkerhedsstillelsens genstand

De omkostninger, der i medfør af KL § 27 skal stilles sikkerhed for, er omkostninger omfattet af KL § 93, nr. 2. Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse er således ikke øremærket til kurators arbejde med realisering af de virksomhedspantsatte aktiver.⁴⁰ Omfattet er i stedet kurators samlede vederlag, der udmåles og fastsættes efter kriterierne i KL § 239 samt bl.a. vederlag til eventuel revisor.⁴¹

2.3 Kurators opgaver

2.3.1 Kuratorfuldmagten

Kurators hovedopgave fremgår af KL § 110, stk. 1, 1. pkt., hvorefter kurator skal varetage boets interesser. Kurators opgave er derved at afvikle skyldners virksomhed for at varetage kreditorernes interesse i fyldestgørelse. Konkursbehandling sker på vegne af kreditorerne og for disses midler.⁴² Derfor må kurator også nyde kreditorernes tillid.⁴³ Af den grund handles der pligtstridigt, hvis kurator navnlig varetager enkelte kreditors interesser.⁴⁴ Som led i afviklingen af et konkursbo fungerer kurator reelt som skifterettens forlængede arm. Foruden de pligter, som påhviler kurator efter konkursloven, er det

³⁸ Bet. 1459, s. 333 og *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 153 f.

³⁹ Bet. 1459, s. 195 og 333 f. og *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 153 f.

⁴⁰ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 192, *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 25 og 27, Bet. 1459, s. 193, *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 149 og *Heiberg m.fl.*: Virksomhedspant, s. 43, Bet. 1512, s. 414 og LFF 2010-03-26 nr. 199, s. 136.

⁴¹ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 25 og *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 149.

⁴² *Jensen*: Konkursretten, s. 34.

⁴³ Bet. 1273, s. 26.

⁴⁴ *Konkurslovskommentaren*, s. 777.

antaget, at kurator kan have andre handlepligter efter anden lovgivning, sædvane, forholdets natur og god advokatskik.⁴⁵

Konkurslovens regler skal bidrage til en effektiv og hurtig bobehandling. Dette hæmmes, hvis samtlige af kurators beslutninger skal godkendes af kreditorerne på skiftesamlinger. Af samme grund har kurator en fuldmagt til at træffe fornødne beslutninger ved at repræsentere boet i enhver henseende, jf. KL § 110, stk. 1.⁴⁶ Dispositioner, som er omfattet af kuratorfuldmagten, binder derfor konkursboet på massekravsniveau, jf. KL § 93, nr. 3. I praksis fremlægger kurator alene tvivlsspørgsmål til afgørelse for skiftesamlingen. I almindelighed gennemfører kurator derfor selvstændigt bobehandlingen.⁴⁷

2.3.2 Afdækning af uredelige forhold

Konkursloven indeholder ikke pligter om, at kurator skal varetage særlige samfundsinteresser.⁴⁸ Kurator har dog efter KL § 110, stk. 4 pligt til at underrette politiet, hvis kurator finder, at der er grundlag for politimæssig efterforskning mod skyldner eller andre. Omfanget af pligten er ikke beskrevet i konkurslovens forarbejder. Den almindelige opfattelse er, at kurator opfylder underretningsforpligtelsen som led i den almindelige konkursbehandling. Underretningsforpligtelsen indebærer derfor ikke, at kurator skal iagttage selvstændige undersøgelser af, om der er foretaget ulovlige handlinger.⁴⁹ Det skal ses i lyset af, at konkursloven som udgangspunkt er centreret om kreditorernes fyldestgørelse.⁵⁰ Kurator vil i mange tilfælde kunne opdage, at skyldneren har overtrådt bogføringslovens regler før konkursdekretet. I praksis opereres der med en bagatelgrænse, hvorefter kurator kun underretter politiet om sådanne overtrædelser, når der samtidigt er grundlag for at underrette om andre forhold.⁵¹ Bliver kurator imidlertid bekendt med åbenbare forbrydelser, som kurator undlader at underrette politiet om, kan kurator antageligt ifalde et selvstændigt strafansvar efter straffelovens (STRFL) § 156.⁵²

2.3.3 Konkurskarantæneundersøgelser

Kurator har pligt til at foretage konkurskarantæneundersøgelser. Konkurskarantæne kan efter kurators begrundede indstilling pålægges den, der senere end et år før frisdagen har deltaget i ledelsen af skyldners virksomhed, hvis det må antages, at den pågældende på grund af groft uforsvarlig forretningsførelse er uegnet til at deltage i ledelsen af en erhvervsvirksomhed, jf. KL § 157, stk. 1. Kurator skal dermed undersøge, om der er grundlag for at indlede en konkurskarantænesag mod ledelsesmedlemmer

⁴⁵ Adv 1986.105 f. og Adv 1986.17 f.

⁴⁶ Bet. 606, s. 212 og *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 117 f.

⁴⁷ Bet. 1273, s. 55 og Bet. 1484, s. 67.

⁴⁸ *Konkurslovskommentaren*, s. 777.

⁴⁹ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 136, *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 121, *Paulsen*: Insolvensret – konkurs, s. 807 og *Konkurslovskommentaren*, s. 787 f.

⁵⁰ *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 121.

⁵¹ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 137 og *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 122.

⁵² *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 137 og *Konkurslovskommentaren*, s. 787

i skyldners virksomhed. Det er en konkret vurdering, hvor detaljerede undersøgelser kurator skal foretage. Er der indikationer på, at en konkurskarantænesag kan komme på tale, kan dette foranledige grundlag for nærmere undersøgelser.⁵³ Modtager kurator relevante oplysninger fra en kreditor, vil sådanne kunne danne grundlag for yderligere undersøgelser.

Kurators vederlag for arbejdet med de indledende konkurskarantæneundersøgelser er omfattet af kuratorvederlaget efter KL § 239.⁵⁴ Kuratorvederlaget skal som udgangspunkt dækkes af boets aktiver. Hvis boets aktiver ikke svarer hertil, bliver kuratorvederlaget, herunder indledende konkurskarantæneundersøgelser, til tider betalt af sikkerhedsstillelsen. Ved betaling for arbejde med konkurskarantæne skal der sondres mellem de indledende undersøgelser og konkurskarantænesagen. Hvis skifteretten, som følge af kurators begrundede indstilling, beslutter, at der skal indledes en konkurskarantænesag, bliver kurators vederlag for at føre sagen selvstændigt fastsat. Vederlaget for at føre den efterfølgende konkurskarantænesag betales af statskassen, jf. KL § 166.⁵⁵

2.3.4 Omstødelse

Det er et grundlæggende aftaleretligt princip, at der er aftale- og handlefrihed.⁵⁶ En begrænsning heraf er reglerne om omstødelse i KL kap. 8. Ved omstødelse efter disse regler tilsidesættes dispositioner, som enten ubegrundet forrykker forholdet mellem kreditorerne eller begunstiger nogen på kreditorernes bekostning. Omstødelige dispositioner er i strid med det konkursretlige princip om ligelig fyldestgørelse.⁵⁷ Omstødelsesreglerne bidrager dermed til, at kreditorerne opnår størst mulig og ligelig fyldestgørelse.

Kurator skal inden fristen for sagsanlæg i KL § 81 forholde sig kritisk til fx skyldners kontoudskrifter, årsrapporter, R75-oplysninger fra SKAT, bogføringsbilag, fakturamapper, kapitalejerlån, modtagne anmeldelser, kreditkontrakter, sikkerhedsdokumenter og om eventuel overdragelse af aktiver er sket til markedspris.⁵⁸ Kurator må herudfra overveje, om der er grundlag for at føre en omstødelingssag.

Når kurator vurderer, om en omstødelingssag skal anlægges, er det ofte en udfordring, at boet mangler midler. Selvom sagen potentielt kan vindes, skal kurator afveje, om boets økonomi tillader, at sagen bliver ført. In mente bør kurator have risikoen for at ifalde et potentielt erstatningsansvar, hvis boet ikke kan betale eventuelle sagsomkostninger til modparten.⁵⁹ Der er forskellige fremgangsmåder, som kan

⁵³ Bet. 1525, s. 131.

⁵⁴ Bet. 1525, s. 132.

⁵⁵ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 339 og RR.6.2018.74 ff.

⁵⁶ *Ørgaard m.fl.*: Almindelig kontraktsret, s. 18 f.

⁵⁷ Bet. 606, s. 139 f.

⁵⁸ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 129 ff.

⁵⁹ ET 2017.252 f.

afhjælpe problemstillingen. Kurator kan fx orientere kreditorerne og indhente disses stillingtagen til, om de ønsker at finansiere eller stille sikkerhed for sagens omkostninger.⁶⁰ Kurator kan også forsøge at sælge kravet til en kreditor eller tredjemand, hvorefter salgsprovenuet vil indgå som et aktiv i boet.⁶¹ Alternativt kan kurator vælge at indlede drøftelser med den begunstigede i forsøget på at indgå et forlig.⁶²

2.3.5 Realisation af aktiver

Kurator skal administrere og realisere konkursboets aktiver. Det gælder også for pantsatte aktiver, hvilket er reguleret i KL §§ 85-89. Realisering af et underpantsat aktiv kan ske enten ved salg på tvangsauktion eller i fri handel. KL § 87 udtrykker, at kurator i forbindelse med bestyrelse og realisation af de pantsatte aktiver skal udarbejde panthaverregnskab. Ifølge KL § 87, stk. 1 tilfalder overskud ved bestyrelse af det pantsatte aktiv de panthavere, som ikke opnår fuld dækning gennem købesummen, og hvis panteret omfatter indtægter af pantet. Ifølge KL § 87, stk. 2 skal et eventuelt underskud ved bestyrelse af det pantsatte aktiv tilsvares af den, som overtager pantet på auktion. Tilsvarende gælder ved konkursboets underhåndssalg af pantsatte aktiver, jf. KL § 87, stk. 4. Kurator kan som en udgiftspost i panthaverregnskabet medtage et administrationshonorar, hvis kurator har forestået en egentlig administration af det pantsatte aktiv.⁶³ Underskuddet skal således betales af køber som et særskilt beløb ud over budsummen, hvorfor budet bliver tilsvarende lavere. Det bliver derved reelt marginalpanthaver, som skal tilsvare underskuddet. Det samme gælder for rimelige omkostninger ved bestræbelser på realisation af de pantsatte aktiver, jf. KL § 87, stk. 3. Heraf kan et rekvirentsalær medtages, hvis det pantsatte aktiv er solgt på tvangsauktion. Eventuelle administrationshonorarer og rekvirentsalærer tilfalder konkursboet og ikke kurator.⁶⁴ Administrationshonorarer og rekvirentsalærer indgår derfor som frie aktiver i konkursboet. Kurators samlede vederlag fastsættes ved konkursboets afslutning eller løbende som et acontoverdrag efter kriterierne i KL § 239.⁶⁵ Der skelnes i denne sammenhæng mellem såkaldte indtægtssalærer og udgiftssalærer.⁶⁶ Indtægtssalærer er såkaldte panthavervederlag og omfatter administrationshonorarer og rekvirentsalærer. Udgiftssalærer er kurators samlede vederlag, der fastsættes efter kriterierne i KL § 239.

2.4 Boets afslutning efter KL § 143

Formålet med en konkursbehandling er navnlig, at skyldners aktiver realiseres, hvorefter provenuet fordeles ligeligt mellem kreditorerne. Ofte afsluttes et konkursbo med, at kurator udlodder boets midler

⁶⁰ Bet. 1273, s. 37.

⁶¹ *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 612 og ET 2017.252 ff.

⁶² *Jensen*: Konkursretten, s. 117.

⁶³ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 121.

⁶⁴ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 121 f.

⁶⁵ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 122 f.

⁶⁶ FM 2013.24 ff.

til kreditorerne, jf. KL § 148. Det foregår kortfattet ved, at kurator udarbejder et udkast til et boregnskab, som behandles på en afsluttende skiftesamling, jf. KL §§ 150 og 151.

Til tider er der ingen midler til udlodning blandt kreditorerne. Er boets aktiver og sikkerhedsstillelsen ikke tilstrækkelige til at dække omkostningerne ved konkursboets behandling, skal konkursboet sluttes på en indvarslet skiftesamling, jf. KL § 143, 1. pkt.⁶⁷ Tilførte aktiver skal, i vurderingen af om der er aktiver i boet, medregnes. Et tilført aktiv kan fx være et panthavervederlag fra salg af et pantsat aktiv.⁶⁸ Selvom et konkursbo skal sluttes snarest efter KL § 143, 1. pkt., kan der foreligge tilfælde, hvor kurator vurderer, at der er behov for at undersøge en række forhold nærmere. Dette kan fx være omstødelsesundersøgelser. I så fald må kurator sikre, at enten en kreditor eller statskassen vil stille yderligere sikkerhed, således at bobehandlingen kan fortsætte, jf. KL § 143, 2. pkt.⁶⁹ Sikrer kurator sig ikke yderligere sikkerhedsstillelse, kan kurator i modsat fald ikke opnå vederlag for udført merarbejde.⁷⁰

⁶⁷ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 356.

⁶⁸ *Konkurslovskommentaren*, s. 366 og 868.

⁶⁹ Bet. 606, s. 225 og Bet. 1512, s. 427 f.

⁷⁰ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 369 f.

3. Baggrunden for sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling

3.1 Hensynene bag rekvirentens sikkerhedsstillelse

Afvikling af en insolvent skyldner er forbundet med en række nødvendige opgaver, som altid bør udføres uanset boets størrelse. Det kan fx være afdækning af eventuel økonomisk kriminalitet eller at finde skjulte aktiver. De nødvendige opgaver omtales under fællesbetegnelsen en forsvarlig bobehandling.⁷¹ Særligt i bobehandlingens indledende fase træffes der afgørende beslutninger. Derudover er der i den indledende fase en række boomkostninger, som skal afholdes. Når skifteretten har afsagt konkursdekret, skal der fx indrykkes en annonce i Statstidende om, at skyldner er taget under konkursbehandling, jf. KL § 109, stk. 1. Dekretannoncen skal endvidere indeholde et proklama om, at krav mod skyldner skal anmeldes til kurator inden fire uger, jf. KL § 128. I en række boer er der hverken midler til finansiering af en indledende eller en forsvarlig bobehandling. Sådanne boer skal afsluttes snarest muligt efter KL § 143.⁷² For at sikre grundlaget for en indledende og forsvarlig bobehandling betinges et konkursdekret som udgangspunkt af, at konkursrekvirenten stiller sikkerhed for omkostninger ved boets behandling.⁷³ På den måde tilvejebringes et økonomisk grundlag for, at konkursbehandlingen kan igangsættes.⁷⁴ Skifteretten har ikke hjemmel til at yde konkursrekvirenten en frist med at stille sikkerhed. Sikkerhedsstillelsen skal derfor tilvejebringes, når konkursdekretet afsiges.⁷⁵ Dog kan særlige omstændigheder undtagelsesvis begrunde en fristudsættelse af sikkerhedsstillelsen, jf. U 2009.2055. Det kan fx være tilfældet ved en betinget sikkerhedsstillelse, som overstiger den praksisskabte størrelse af sikkerhedsstillelsen.⁷⁶

3.2 Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse

3.2.1 Systematikken bag reglerne om virksomhedspant

Efter reglerne om virksomhedspant i tinglysningslovens (TL) § 47 c kan indehaveren af en erhvervsvirksomhed underpantsette, hvad virksomheden ejer og fremtidig erhverver. Virksomhedspantet udgør således en undtagelse til hovedreglerne om forbud mod generalpant og pant i tingsindbægreb i TL §§ 47 a og 47 b.⁷⁷

⁷¹ Notat af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 24 ff. og Bet. 1459, s. 73 og 192.

⁷² *Jensen*: Konkursretten, s. 57.

⁷³ *Konkurslovscommentaren*, s. 366.

⁷⁴ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 188.

⁷⁵ FM 1983.103 ff.

⁷⁶ *Paulsen*: Insolvensret – konkurs, s. 280.

⁷⁷ *Ørgaard*: Sikkerhed i løsøre, s. 107.

Udgangspunktet er således, at virksomhedspant omfatter alt, hvad virksomheden ejer og fremtidig erhverver. Herefter begrænses virksomhedspantet dog i stort omfang efter særlige regler om bl.a. begrænsede muligheder for anvendelse af pantebreve, virksomhedspantets konkrete omfang, virksomhedspantets forhold til særskilte rettigheder, herunder udlæg i de virksomhedspantsatte aktiver, begrænset personkreds af mulige virksomhedspanthavere, virksomhedspantets "frysning" ved bl.a. konkurs, mulighed for omstødelse af forøgelser af virksomhedspant i tilfælde af virksomhedspantsætters konkurs, at der på intet tidspunkt må være tinglyst både virksomhedspant og fordringspant på pantsætters blad i personbogen mv. Det udgør herudover en særlig begrænsning af virksomhedspantet, at virksomhedspanthaver – i tilfælde af virksomhedspantsætters konkurs – forpligtes til at stille sikkerhed for omkostningerne ved boets behandling.

Der er således en klar systematik bag reglerne om virksomhedspant, idet virksomhedspantet i stort omfang begrænses.

3.2.2 Hensynene bag virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse

Ved virksomhedspantsætters konkurs har virksomhedspanthaver ret til dækning forud for de øvrige og usikrede kreditorer af provenuet ved realisering af de virksomhedspantsatte aktiver.⁷⁸ Såfremt en stor del af virksomhedspantsætters aktiver er grebet af virksomhedspantet, vil virksomhedspantet væsentligt begrænse omfanget af de frie aktiver i virksomhedspantsætters konkursbo, som er de aktiver, der skal finansiere bobehandlingen.⁷⁹

Ordningen med virksomhedspant kan således medføre en forøget risiko for forekomsten af tilfælde, hvor den frie aktivmasse ikke tilvejebringer tilstrækkelige midler til finansiering af en forsvarlig bobehandling.⁸⁰ En ordning med virksomhedspant skal dog ikke kunne forhindre en forsvarlig bobehandling. Det afgørende er, at der fortsat vil være tilstrækkeligt med midler til at varetage en forsvarlig bobehandling.⁸¹ Indførelse af reglerne om virksomhedspant krævede derfor en ændring af reglerne om konkursbehandling.⁸² Som udgangspunkt vil der dog allerede være taget hensyn til de foran nævnte umiddelbare konsekvenser af en ordning med virksomhedspant ved kravet om konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse efter KL § 27, stk. 1.⁸³ En ordning med virksomhedspant medfører et øget behov for visse arbejder

⁷⁸ *Mortensen*: Virksomhedspant og fordringspant, s. 20 og Notat afgivet af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 24.

⁷⁹ Notat afgivet af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 25.

⁸⁰ Bet. 1459, s. 99 f. og 191.

⁸¹ Bet. 1459, s. 101.

⁸² Bet. 1459, s. 105 f. og 171 f.

⁸³ *Heiberg m.fl.*: Virksomhedspant, s. 42.

i virksomhedspantsætters konkursbo.⁸⁴ Heraf kan nævnes et eventuelt større behov for omstødelsesundersøgelser relateret til det pågældende virksomhedspant. Henset hertil er virksomhedspantsætters sikkerhedsstillelse på kr. 50.000 også sat til et højere beløb, end der efter praksis som udgangspunkt stilles i sikkerhed af konkursrekvirenten efter KL § 27, stk. 1.⁸⁵

Med en begrænset fri aktivmasse i virksomhedspantsætters konkursbo risikeres det, at kurator ikke vil have midler til at foretage omstødelsesundersøgelser og afdække strafbare forhold, herunder at give politiet meddelelse om, at der er grundlag for politimæssig efterforskning, jf. KL § 110, stk. 4. En bevidsthed hos skyldner om, at sådanne undersøgelser ikke vil blive foretaget, kan ligeledes tilskynde til, at skyldneren eksempelvis bringer sine aktiver i kreditorly forud for en forestående konkurs.⁸⁶ Derimod kan visheden om, at kurator faktisk vil foretage undersøgelser af strafbare og omstødelige forhold have en præventiv effekt og begrænse forekomsten af de tilfælde, hvor skyldneren forud for en konkurs foretager sådanne strafbare eller omstødelige forhold, herunder overtrædelse af bogføringslovens regler.⁸⁷ Det er således særligt kritisk, hvis der i et konkursbo ikke er tilstrækkelige midler til, at kurator kan foretage sådanne undersøgelser. Udvalget bag reglerne om virksomhedspant fandt endvidere, at kurators pligt efter KL § 110, stk. 4 ikke vil lide negativ påvirkning ved indførelse af krav om virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse efter KL § 27, stk. 4 og 5.⁸⁸

Såfremt der ikke er tilstrækkeligt med frie aktiver i boet til finansiering af en forsvarlig bobehandling, kan et alternativ eksempelvis være, at statskassen i flere tilfælde end tidligere må indestå for omkostningerne hertil.⁸⁹ Bliver selskaber ikke taget under konkursbehandling, som følge af begæringer fra selskaberne selv eller fra selskabernes kreditorer, risikerer en væsentlig del af sådanne selskaber i sidste ende – såfremt der er grundlag herfor i medfør af selskabslovens (SL) § 225 – at blive tvangsopløst. Derved må statskassen om fornødent indestå for omkostningerne, i det omfang selskabets egne midler ikke er tilstrækkelige, jf. SL § 227, stk. 3, 4. pkt.⁹⁰ Af samfundsmæssige hensyn er det dog ikke hensigtsmæssigt, hvis statskassen må indestå for sådanne omkostninger i et endnu større omfang end tidligere.⁹¹

Udvalget bag reglerne om virksomhedspant overvejede endvidere, om kravet om virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse skulle tidsbegrænses, således at kravet alene skulle gælde i en periode på 5 år

⁸⁴ Bet. 1459, s. 194 og *Heiberg m.fl.*: Virksomhedspant, s. 42.

⁸⁵ Bet. 1459, s. 194.

⁸⁶ Notat af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 25.

⁸⁷ Notat af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 26.

⁸⁸ Bet. 1459, s. 193.

⁸⁹ Notat af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 26 f.

⁹⁰ *Werlauff*: Selskabsret, s. 826.

⁹¹ Notat af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 27.

fra pantets tinglysning.⁹² Årsagen hertil var, at det i sådanne tilfælde ikke længere ville være virksomhedspantet, der var den nærmeste årsag til de færre aktiver til dækning af omkostningerne ved konkursboets behandling. Dette skyldes, at en lang række andre forhold, der var indtrådt efter pantets tinglysning, kunne have haft indvirkning herpå i stedet.⁹³ Udvalget afviste dog at indføre en sådan begrænsning. Udvalget lagde afgørende vægt på, at virksomhedspanthaver – i kraft af den underliggende finansiering af virksomhedspantsætters erhvervsvirksomhed – ville have mulighed for at udøve afgørende indflydelse på virksomhedspantsætters erhvervsvirksomhed helt frem til konkursen.⁹⁴

⁹² Bet. 1459, s. 193.

⁹³ Bet. 1459, s. 193.

⁹⁴ Bet. 1459, s. 193 f.

4. Sikkerhedsstillelsens kautionsretlige karakteristika

4.1 Generelt om sikkerhedsstillelsens kautionsretlige karakteristika

Kaution er et udtryk for sikkerhedsstillelse for en påtaget betalingspligt for en andens forpligtelse over for tredjemand. Kautionsforpligtelser stiftes efter almindelige aftaleretlige regler.⁹⁵ Et kautionsforhold består traditionelt af en hovedmand, en kreditor og en kautionist. I den kautionsretlige terminologi omtales en kautionssikret fordring som hovedfordringen, mens kreditors fordring mod kautionisten betegnes som kautionsfordringen. Et kautionsforhold kan fx foreligge, når en person (kautionisten) erklærer sig villig til helt eller delvist at indestå for en skyldners (hovedmanden) hovedfordring over for dennes kreditor.⁹⁶ Når en aftales indhold materielt er udtryk for, at en person sikrer en kreditors fordringsret mod en hovedskyldner, vil forpligtelsen som udgangspunkt være en kaution, uanset om forpligtelsen betragtes som en kaution, tilsikring, garanti eller indeståelse.⁹⁷ Garanti, tilsikring og indeståelse anvendes i disse tilfælde som et synonym for kaution. Før en kautionsforpligtelse bliver aktuel, er det en grundbetingelse, at hovedmanden misligholder sine retskraftige forpligtelser.⁹⁸ Denne grundbetingelse betegnes i kautionsretten som tidspunktet for ydelsestidens indtræden. En kautionsaftale er dermed som udgangspunkt udtryk for en persons subsidiære hæftelse for, at hovedmanden opfylder hovedfordringen.⁹⁹

Konkurskrav, der skal stilles sikkerhed for, klassificeres som § 93, nr. 2-krav.¹⁰⁰ I et kautionsretlig perspektiv kan disse § 93, nr. 2-krav anses for at udgøre hovedfordringen. Konkursboet kan betegnes som hovedmanden. § 93 nr. 2-kreditorerne, heriblandt kurator, kan betragtes som kreditor. Sikkerhedsstiller efter KL § 27 kan betegnes som kautionisten.

En særlig karakteristika ved sikkerhedsstillelsen er, at hæftelsen bliver aktuel på det tidspunkt, hvor boets aktiver ikke længere er tilstrækkelige til at dække samtlige § 93, nr. 2-krav.¹⁰¹ I et kautionsretligt perspektiv kan ydelsestiden for sikkerhedsstillelsen siges at indtræde på tidspunktet, hvor boets aktiver ikke længere er tilstrækkelige til at opfylde hovedfordringen. Svarende til en kautionsforpligtelse er sikkerhedsstillelsen dermed en subsidiær hæftelse for omkostningerne ved boets behandling. Derved kan konstruktionen i KL § 27 svare til et kautionsforhold.

⁹⁵ *Ussing*: Kaution, s. 20 og *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemandspant, s. 39.

⁹⁶ *von Eyben m.fl.*: Lærebog i obligationsret II, s. 251.

⁹⁷ *Thomsen, m.fl.*: Kaution og tredjemandspant, s. 38.

⁹⁸ *Pedersen*: Kaution, s. 14 f.

⁹⁹ *Gomard*: Obligationsret, s. 19.

¹⁰⁰ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 25 og 27, Bet. 1459, s. 193 og *Bang-Pedersen m.fl.*: Virksomhedspant, s. 149.

¹⁰¹ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 25.

4.2 Kautionsformer

4.2.1 Hovedformer for kaution

Overordnet kan de enkelte kautionsformer inddeles i to hovedgrupper. Den ene hovedgruppe omhandler kautionsformer, hvor ydelsestidens indtræden er afgørende. Ydelsestidens indtræden er tidspunktet, hvor kreditor kan kræve betaling fra kautionisten. Til denne hovedgruppe regnes bl.a. simpel kaution, selvskyldnerkaution og tabskaution.¹⁰² Den anden hovedgruppe indeholder kautionsformer, som omhandler hæftelsens omfang. Hæftelsens omfang vedrører, hvor stort et beløb kreditor kan afkræve kautionisten. Denne hovedgruppe vedrører bl.a. delkaution og beløbsbegrænset kaution.

4.2.2 Kautionens ydelsestid

4.2.2.1 Simpel kaution

Som udgangspunkt anses en kaution for en pengeforpligtelse for at være en simpel kaution.¹⁰³ Ydelsestiden indtræder for en simpel kaution, når det ved udtømmende retsforfølgning eller på tilsvarende måde er godtgjort, at hovedmanden ikke er i stand til at betale yderligere.¹⁰⁴ Kautionisten hæfter dermed for hovedfordringen. En simpel kautionist er ikke pligtig til at betale, før kreditor har realiseret eventuelle øvrige sikkerheder, som er stillet af hovedmanden for hovedfordringen, eller før kreditor har udnyttet en modregningsret. Når hovedmanden tages under konkursbehandling, indtræder ydelsestiden for den simple kaution som udgangspunkt først, når den endelige boopgørelse foreligger ved konkursboets afslutning, jf. bl.a. U 1983.739 B. Til tider indtræder ydelsestiden dog tidligere, hvis skifteretten erklærer, at dividenden ikke overstiger en given procentsats.¹⁰⁵

4.2.2.2 Selvskyldnerkaution

En selvskyldnerkaution er kendetegnet ved, at ydelsestiden indtræder, når hovedmanden har misligholdt sin forpligtelse over for kreditor, og kreditoren har afgivet et påkrav til kautionisten herom. Medmindre der er adgang til konneks modregning, kan en selvskyldnerkautionist ikke forlange, at modregningsadgang og øvrige sikkerhedsformer forudgående udnyttes.¹⁰⁶ Fra kautionistens synsvinkel er en selvskyldnerkaution derfor mere byrdefuld end en simpel kaution.¹⁰⁷

4.2.2.3 Tabskaution

Ved en tabskaution indtræder ydelsestiden først, når kreditor har lidt et tab på hovedfordringen. En tabskaution har lighedspunkter med en simpel kaution. Til lighed med en simpel kaution kan en kreditor

¹⁰² *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 107.

¹⁰³ *Gomard*: Obligationsret, s. 36 ff.

¹⁰⁴ *Ussing*: Kaution, s. 84 f., *Gomard*: Obligationsret, s. 35 og *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 134.

¹⁰⁵ *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 134 f.

¹⁰⁶ *Ussing*: Kaution, s. 222 ff. og *Pedersen*: Kaution, s. 41.

¹⁰⁷ *Ussing*: Kaution, s. 80.

først forlange opfyldelse, når denne har foretaget udtømmende retsforfølgning mod hovedmanden. Det betyder, at andre kautionsformer eller tredjemandspanterettigheder forudgående skal være realiseret, før tabskautionistens ydelsestid indtræder.¹⁰⁸ I modsætning til en simpel kaution hæfter tabskautionisten ikke for selve hovedfordringen, men derimod for det lidte tab i skyldforholdet.¹⁰⁹

4.2.3 Kautionens omfang

4.2.3.1 Fuldstændig kaution

En kautionist hæfter for den eller de fordringer, som kautionen vedrører. Når en kautionist hæfter med lige så meget, som denne hæfter for, foreligger der en fuldstændig kaution. Kautionens fordringen udligner derfor den kautionssikrede fordring, medmindre kautionserklæringen er begrænset.¹¹⁰

4.2.3.2 Delkaution

En delkaution foreligger, når en kautionist hæfter for en nærmere bestemt del af en forpligtelse, hvor hovedforpligtelsen er større end den del, som kautionisten hæfter for. En delkaution er dermed en fuldstændig kaution for en del af hovedfordringen. En delkaution kan opsplittes i to dele i form af en kautionssikret del og usikret del. Så snart hovedmanden iværksætter afvikling af hovedfordringens sikrede del, vil kautionistens hæftelse blive nedsat tilsvarende.¹¹¹ Ofte vil kautionisten enten hæfte for den del, som skal afvikles først eller sidst. Med *de rangførste* menes der som udgangspunkt den del, der skal afvikles sidst, og med *de rangsidste* menes der som udgangspunkt den del, der skal afvikles først.¹¹² Disse definitioner lægges til grund i det følgende.

4.2.3.3 Beløbsbegrænset kaution

Ved en beløbsbegrænset kaution hæfter kautionisten for mere, end kautionisten hæfter med. En beløbsbegrænset kaution er derfor en delvis hæftelse for hele hovedfordringen. Dermed hæfter kautionisten reelt for hele hovedfordringen, men kautionisten kan ikke afkræves mere end hæftelsesbeløbet.¹¹³ Så længe det beløb som kautionisten hæfter for, er højere end det beløb, som kautionisten hæfter med, vil en opfyldelse for det, kautionisten hæfter med være et afdrag på den hovedfordring, som kautionisten hæfter for.¹¹⁴ Er ordene *med, indtil, med indtil* eller *for* et givet beløb, eller kan kautionistens hæftelse *ikke overstige* et angivet beløb, vil sådanne formuleringer almindeligvis blive betragtet som en beløbsbegrænset kaution.¹¹⁵

¹⁰⁸ Ussing: Kaution, s. 91.

¹⁰⁹ Thomsen *m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 136.

¹¹⁰ Thomsen *m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 108 og Gomard: Obligationsret, s. 39.

¹¹¹ Pedersen: Kaution, s. 44.

¹¹² Pedersen: Kaution, s. 45.

¹¹³ Pedersen: Kaution, s. 43.

¹¹⁴ Thomsen *m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 114.

¹¹⁵ Pedersen: Kaution, s. 45.

4.2.4 Særlige kautionsformer

4.2.4.1 Kontrakautation

Indfrier en kautionist hovedfordringen, vil denne som udgangspunkt opnå et regreskrav mod hovedmanden. En kautionist kan sikre regreskravet ved at få nogen til at kautionere herfor. En sådan kautionsform kaldes en kontrakautation. Kontrakautationistens hæftelse følger af de almindelige kautionsretlige regler.¹¹⁶ Formålet er, at kontrakautationisten skal friholde hovedkautionisten, således at kontrakautationisten kautionerer for, hvad hovedkautionisten må komme til at betale til hovedkreditoren. Det vil sige, at kontrakautationisten helt eller delvist hæfter for, at hovedkautionisten ikke lider tab. En kontrakautationist forpligter sig derfor ikke over for en hovedkreditor, men indgår alene en aftale for at friholde en hovedkautionist, såfremt hovedkautionistens ydelsestid indtræder over for hovedkreditoren. En kontrakautation bliver af den grund først aktuel, når hovedkautionisten er forpligtet til at opfylde hovedkautionen.¹¹⁷

4.3 Sikkerhedsstillelsens kautionsretlige karakteristika efter praksis

4.3.1 Eksempler fra praksis

4.3.1.1 Indledende

I det følgende præsenteres en række afgørelser fra praksis. Formålet er først at definere sikkerhedsstillelsens omfang i et kautionsretligt perspektiv. Det vil sige, hvor stort et beløb § 93, nr. 2-kreditorerne kan kræve af sikkerhedsstillere. Dernæst vil U 2018.2301 H blive behandlet i et kautionsretligt perspektiv, hvor også ydelsestidens indtræden vil blive karakteriseret. Ydelsestidens indtræden er inden for kautionsretten tidspunktet, hvor kreditor kan kræve betaling fra sikkerhedsstillere.

4.3.1.2 Rekvirentens sikkerhedsstillelse

I sag SKS3-256/2015 (SKS2015) stillede rekvirentens sikkerhed efter KL § 27, stk. 1. Skifteretten besluttede, at skyldner skulle tages under rekonstruktionsbehandling. Indledning af rekonstruktionsbehandling er betinget af, at rekvirenten stiller sikkerhed for omkostningerne ved en eventuel efterfølgende konkursbehandling, jf. KL § 11 a, stk. 7. For så vidt angår sikkerhedsstillelsen bestemte skifteretten følgende:

“Der er stillet sikkerhed for omkostningerne ved eventuel efterfølgende konkursbehandling, jf. konkurslovens § 11 a, stk. 7, med 30.000 kr. Skifteretten skønnede, at sikkerhedsstillelsen er tilstrækkelig.”

I sag K812/14-L (K812) stillede konkursrekvirenten sikkerhed efter KL § 27, stk. 1. Skifteretten afsagde

¹¹⁶ *Thomsen m.fl.*: Kautation og tredjemands pant, s. 118 ff. og *von Eyben m.fl.*: Lærebog i obligationsret II, s. 257.

¹¹⁷ *Pedersen*: Kautation, s. 47 ff.

konkursdekret over skyldner og bestemte følgende:

“Afsigelsen af konkursdekret er betinget af, at der stilles sikkerhed for omkostningerne ved konkursbehandling, jf. konkurslovens § 27, stk. 1, 1. pkt. Denne sikkerhed fastsættes til 30.000 kr., som efter det oplyste henstår på foreningens konto.”

I sag K2556/18-A (K2556) stillede konkursrekvirenten også sikkerhed efter KL § 27, stk. 1. Skifteretten afsagde konkursdekret over skyldner og bestemte følgende:

“Fordringshaveren begærede konkursdekret afsagt og erklærede at ville stille sikkerhed for omkostningerne, jf. konkurslovens § 27, stk. 1, 1. pkt. Skifteretten fastsatte denne sikkerhedsstillelse til 40.000 kr., hvilket beløb skal indbetales til kurator. Af sikkerhedsstillelsen kan 10.000 kr. udelukkende anvendes til dækning af eventuelle undersøgelser vedrørende konkurskarantæne.”

I sag K1030/14-M (K1030) stillede konkursrekvirenten sikkerhed efter KL § 27, stk. 1. Kurator oplyste at have modtaget kr. 30.000 på sin klientkonto. I tilknytning hertil følger det af afgørelsen:

“Dette beløb [kr. 30.000] stilles som sikkerhed for omkostningerne, jf. konkurslovens § 27, stk. 1, 1. pkt. Skifteretten fastsatte sikkerhedsstillelsen til kr. 30.000.”

I SKS2015, K812, K2556 og K1030 bestemmer skifteretten alene, at sikkerhedsstillelsen skal stilles med eller fastsættes til kr. 30.000 henholdsvis kr. 40.000. Kautionsretligt kan sikkerhedsstillelsen fx stå til sikkerhed med et begrænset beløb for omkostningerne eller for en bestemt del af omkostningerne. Det kan dog ikke udledes af disse konkrete tilfælde, hvad sikkerhedsstillelsen præcist er stillet til sikkerhed for. Det kan således ikke vurderes, om sikkerhedsstillelsen alene står til sikkerhed for de første kr. 30.000 henholdsvis kr. 40.000 af omkostningerne, hvorved sikkerheden vil være at betegne som en delkaution, eller om sikkerhedsstillelsen er stillet for samtlige af sådanne omkostninger, i hvilken henseende sikkerheden vil være at betragte som en beløbsbegrænset kaution. Idet skifteretten fastsætter sikkerhedsstillelsen til et bestemt beløb, kan hovedfordringen være større end sikkerheden. Det kan derfor udledes, at omfanget af konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse er en begrænset hæftelse. Kautionsretligt definerer skifteretten derimod ikke nærmere sikkerhedsstillelsens omfang som en beløbsbegrænset kaution eller en delkaution.

4.3.1.3 Statskassens indeståelse

I sag K147/14-L (K147) fritog skifteretten konkursrekvirenten for at stille sikkerhed. Statskassen indestod derfor for omkostningerne ved konkursboets behandling. Det følger af skifterettens afgørelse:

“Statskassen fritog for sikkerhedsstillelse og indestår for omkostningerne ved konkursbehandlingen med indtil 30.000 kr., jf. KL § 27, stk. 3.”

Spørgsmålet bliver, hvordan sikkerhedsstillelsen kautionsretligt skal defineres i relation til omfang. Hertil er ordene “med indtil 30.000 kr.” af betydning. Når der hæftes med indtil et beløb for hovedfordringen, er der tale om en begrænset hæftelse, da der alene hæftes med et bestemt beløb svarende til en begrænset del af hovedfordringen. Umiddelbart bevirker ordvalget, at statskassen hæfter for de samlede omkostninger ved bobehandlingen, men kun “med indtil 30.000 kr.”. Dermed hæfter statskassen for mere, end statskassen hæfter med, hvilket er kendetegnende for en beløbsbegrænset kaution. Det er desuden anset, at ordstillingen “med indtil” kan indikere, at der er tale om en beløbsbegrænset kaution.¹¹⁸

Afgørelsen U 2012.2185/1 vedrører ligeledes statskassens indeståelse for omkostningerne ved konkursboets behandling.

I U 2012.2185/1 var der ikke tilstrækkeligt med midler til at dække boets omkostninger. Derfor blev boet sluttet efter KL § 143. Skifteretten bestemte i den forbindelse, at statskassens indeståelse skulle reduceres med boets aktivmasse, herunder et rekvirentsalær, der indgik som et frit aktiv i boet. Kurator kærede skifterettens beslutning med påstand om, at statskassens indeståelse skulle dække yderligere, da statskassens indeståelse kun burde blive reduceret med reelle aktiver og derfor ikke med rekvirentsalæret. Ifølge såvel skifteretten som landsretten var rekvirentsalæret en indtægt i boet, som skulle medgå som et aktiv i boopgørelsen. Derfor skulle sikkerhedsstillelsen reduceres med rekvirentsalæret.

Statskassens indeståelse bliver reduceret med et beløb svarende til boets aktiver. Selvom afgørelsen vedrører et tilfælde, hvor statskassen indestår for omkostningerne ved konkursboets behandling, gælder afgørelsen formodentlig generelt.¹¹⁹ Afgørelsen gælder derfor også for øvrige typer af sikkerhedsstillelse efter KL § 27. Med hensyn til den kautionsretlige karakteristika af sikkerhedsstillelsen fremgår følgende af landsrettens afgørelse:

“Herefter, og da statskassen efter skifterettens beslutning af 26. august 2010 alene dækker den del af de samlede omkostninger ved konkursbehandlingen, som ikke overstiger de første 30.000 kr., og som ikke dækkes af boets aktiver, skal boets aktiver fradrages i det beløb, som statskassen dækker.” [egen fremhævning]

¹¹⁸ *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 112 f. og *Pedersen*: Kaution, s. 45.

¹¹⁹ *Konkurslovskommentaren*, s. 868.

Kautionsretligt kan sikkerhedsstillelsens omfang fastsættes på forskellige måder. Sikkerhedsstillelsen kan fx karakteriseres som en beløbsbegrænset kaution eller en delkaution. Landsretten udtaler, at indeståelsen står til sikkerhed for de samlede omkostninger ved konkursbehandlingen, der ikke overstiger de første kr. 30.000. Sikkerhedsstillelsen er begrænset til kr. 30.000, selvom boets omkostninger viser sig at blive større. Dermed er sikkerhedsstillelsen en begrænset hæftelse. Da indeståelsen kun vedrører de omkostninger, der ikke overstiger de første kr. 30.000, er det præcist angivet, hvilken bestemt del af fordringen som statskassen indestår for. Hæftelsen er dermed fuldstændig for en bestemt del af den samlede fordring, hvilket kendetegner en delkaution. Det taler for, at statskassens indeståelse kan betragtes som en delkaution. Når det desuden følger af afgørelsen, at sikkerhedsstillelsen reduceres med boets aktiver, må hæftelsen sigte mod den del af omkostningerne, som skal afvikles først. Statskassens indeståelse kan ikke benyttes som en yderligere mulighed for at betale omkostningerne ved boets behandling. Sikkerhedsstillelsen flyder derfor ikke oven på boets aktiver.¹²⁰ Da boets aktiver reducerer sikkerhedsstillelsen, og sikkerhedsstillelsen kun vedrører de først påløbne kr. 30.000, definerer skifteretten kautionsretligt statskassens indeståelse som en delkaution for den rangsidste del af omkostningerne på kr. 30.000, der skal afvikles først.

4.3.1.4 Statskassens indeståelse og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse

FM 2016.268 vedrører statskassens indeståelse og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling.

I FM 2016.268 indestod statskassen for den del af de samlede omkostninger, der ikke oversteg kr. 15.000, og som ikke blev dækket af konkursboets midler, jf. KL § 27, stk. 3. En virksomhedspanthaver stillede subsidiær sikkerhed med kr. 50.000, jf. KL § 27, stk. 4. Værdien af boets aktiver oversteg kr. 15.000, men ved boets slutning udviste boopgørelsen et underskud. Landsretten udtalte, at virksomhedspanthavers hæftelse først indtrådte, i det omfang konkursboets aktiver og statskassens hæftelse ikke dækkede omkostningerne *op til kr. 65.000*, som udgjorde den samlede sikkerhedsstillelse. Virksomhedspanthaver hæftede derfor kun med et beløb, der svarede til boets underskud, hvor værdien af boets aktiver og statskassens indeståelse på kr. 15.000 forudgående var fradraget.

Spørgsmålet bliver, hvilken del af omkostningerne sikkerhedsstillelsen står til sikkerhed for. Dette betegnes kautionsretligt som sikkerhedsstillelsens omfang. Statskassen og virksomhedspanthaver stiller sikkerhed med henholdsvis kr. 15.000 og kr. 50.000. Når sikkerhedsstillelsen er stillet med et bestemt beløb, er sikkerheden som udgangspunkt begrænset. Teoretisk set kan sikkerheden enten begrænses beløbsmæssigt eller som en bestemt del af omkostningerne. Når sikkerheden er begrænset til en bestemt del af omkostningerne, kan denne være stillet for enten de rangsidste eller rangførste omkostninger.

Landsretten udtaler, at i det omfang der er midler i boet, skal boets omkostninger dækkes af disse.

¹²⁰ *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 89.

Sikkerhedsstillelsen dækker derfor kun, i det omfang der ikke er aktiver i boet, som svarer hertil. Hermed reduceres sikkerhedsstillelsen med et beløb, som svarer til boets aktiver. Da boets aktiver reducerer sikkerhedsstillelsen, står denne til sikkerhed for de rangsidste kr. 65.000 af omkostningerne, som i et almindeligt skyldforhold skal afdrages først. Hæftelsen er derfor fuldstændig for en bestemt del af den samlede fordring, hvilket karakteriseres som en delkaution. Sikkerhedsstillelsen flyder dermed ikke oven på boets aktiver.

For så vidt angår virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse står denne til sikkerhed for omkostningerne op til kr. 65.000, hvilket svarer til summen af den samlede sikkerhedsstillelse. Da sikkerhedsstillelsen kun dækker, i det omfang der ikke er aktiver hertil, og statskassens indeståelse dækker forud for virksomhedspanthaver, kan virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse betegnes som en delkaution for kr. 50.000 i intervallet mellem de rangsidste kr. 15.000 og de rangsidste kr. 65.000 af de omkostninger, som i et almindeligt skyldforhold skal afdrages først.

Virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse vil til enhver tid være subsidiær til statskassens indeståelse inden for de rangsidste kr. 65.000 af omkostningerne. Statskassens indeståelse står derfor til sikkerhed med et begrænset beløb på kr. 15.000 inden for de rangsidste kr. 65.000, som er summen af den samlede sikkerhedsstillelse. Dermed må omfanget af statskassens indeståelse karakteriseres som en beløbsgrænset kaution på kr. 15.000. I kraft af at statskassens indeståelse står til sikkerhed for en begrænset del af omkostningerne, har statskassens indeståelse desuden lighedstræk med en delkaution. Da statskassens indeståelse samtidig er beløbsbegrænset, er den dog ikke fuldstændig for en bestemt del af hovedfordringen, hvilket ellers kendetegner en delkaution.

U 2015.3800 vedrører statskassens og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling. Skifteretten fastsatte statskassens indeståelse til kr. 15.000, da virksomhedspanthaver stillede subsidiær sikkerhed med kr. 50.000, jf. KL § 27, stk. 3 og 4.

I 2015.3800 fremgik det af udkast til boregnskab, at værdien af boets aktiver var kr. 166.515,20. Heraf udgjorde kr. 57.600 et panthavervederlag fra virksomhedspanthaver, som kurator anmodede om at få udbetalt som vederlag. Af den resterende aktivmasse på kr. 108.915,20 indstillede kurator kr. 94.220,60 som kuratorvederlag, jf. KL § 239. Resterende kr. 14.696,60 blev indstillet til betaling af øvrige boomkostninger. Ifølge opgørelsen var der alene dividende til § 93-krav.

Spørgsmålet bliver, hvordan sikkerhedsstillelsens omfang skal fastsættes. Sikkerhedsstillelsen er angivet til bestemte beløb, henholdsvis kr. 15.000 og kr. 50.000. Sikkerhedsstillelsen er dermed i et kautionsretligt perspektiv en begrænset hæftelse.

Det fremgår endvidere af skifterettens kendelse, at “der (...) kun [kan] ske betaling af en dividende af

aktiverne til konkursrekvirenten såvel som til kurator. Sidstnævnte må i fornødent omfang opnå den resterende dækning for sit vederlag fra sikkerhedsstillelserne.” I overensstemmelse hermed udtaler landsretten, at sikkerhedsstillelsen kan anvendes til at forhøje dividenden af § 93, nr. 2-krav. Da værdien af boets aktiver er større end den stillede sikkerhed, kan det udledes, at landsretten tillader, at sikkerhedsstillelsen flyder oven på boets aktiver. Sikkerhedsstillelsen kan derfor gøres gældende ud over boets midler som en ekstra mulighed for at betale omkostningerne. Det tyder på, at statskassen og virksomhedspanthaver hæfter for mere i form af de samlede omkostninger ved konkursbehandlingen, end der hæftes med. Når der hæftes for mere, end der hæftes med, vil sikkerhedsstillelsen være at betegne som en beløbsbegrænset kaution. I afgørelsen karakteriseres sikkerhedsstillelsen derfor som en beløbsbegrænset kaution.

4.3.2 Særligt om U 2018.2301 H

4.3.2.1 Indledende

Afgørelsen U 2018.2301 H vedrører statskassen indeståelse og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboet behandling.

I U 2018.2301 H fritog skifteretten i medfør af KL § 27, stk. 3 konkursrekvirenten for at stille sikkerhed for omkostningerne ved konkursboets behandling. Skifteretten bestemte, at statskassen alene indestod for den del af de samlede omkostninger ved konkursboets behandling, der ikke oversteg de første kr. 15.000, og som ikke blev dækket af konkursboets aktiver. Dernæst var spørgsmålet, om et vederlag fra en virksomhedspanthaver for arbejde med realisation af de virksomhedspantsatte aktiver var et sådant aktiv i konkursboet, at såvel statskassens som virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse skulle reduceres med dette aktiv. Med henvisning til at vederlaget indgår som et aktiv i konkursboet og dermed i konkursboets aktivmasse, fandt Højesteret, at statskassens indeståelse og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse skulle reduceres med dette aktiv. Endvidere fandt Højesteret, at statskassens indeståelse henholdsvis virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse alene kan dække boets underskud inden for et beløb op til den samlede sikkerhedsstillelse på kr. 65.000, og alene i det omfang konkursboets aktiver ikke dækker omkostningerne op til dette beløb.

4.3.2.2 Omfang

Spørgsmålet er, hvilken del af omkostningerne sikkerhedsstillelsen står til sikkerhed for. Teoretisk set kan sikkerhedsstillelsen enten være beløbsbegrænset for de samlede omkostninger eller stå til sikkerhed for en bestemt del af omkostningerne. Sidstnævnte kan være den rangsidste eller rangførste del af omkostningerne. Dette er henholdsvis de omkostninger, som boet skal betale først eller sidst.

Højesteret anfører, at sikkerhedsstillelsen skal reduceres med boets aktiver. Det må af den grund udledes, at både sikkerhedsstillelsen fra statskassen og virksomhedspanthaver står til sikkerhed for de først påløbne omkostninger og derved for de rangsidste kr. 65.000 af omkostningerne ved boets behandling. Det vil sige den del af omkostningerne, som skal betales først. Ifølge KL § 27, stk. 4 er virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse med kr. 50.000 subsidiær i forhold til statskassens indeståelse med kr.

15.000. Da statskassens sikkerhedsstillelse skal dække forud for virksomhedspanthaver, bliver virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse reelt at karakterisere som en delkaution for kr. 50.000 i intervallet mellem de rangsidste kr. 15.000 og de rangsidste kr. 65.000 af omkostningerne ved konkursboets behandling. Dette skyldes, at statskassen under alle omstændigheder hæfter forud for virksomhedspanthaver for de rangsidste kr. 15.000 af omkostningerne ved konkursboets behandling. Af den grund hæfter virksomhedspanthaver ikke for de første kr. 15.000 af omkostningerne. Derimod hæfter virksomhedspanthaver for de efterfølgende kr. 50.000, hvilket bliver i intervallet mellem de rangsidste kr. 15.000 og de rangsidste kr. 65.000.

Som beskrevet er sikkerhedsstillelsen fra statskassen principal i forhold til virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse. Aktualiseres sikkerhedsstillelsen, skal hele statskassens indeståelse dække, før virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse dækker. Statskassens indeståelse står derfor til sikkerhed for hele den rangsidste del på kr. 65.000 af omkostningerne ved konkursboets behandling, hvilket udgør summen af den samlede sikkerhedsstillelse efter KL § 27. Selvom statskassen indestår for den rangsidste del på kr. 65.000, er indeståelsen beløbsbegrænset med kr. 15.000. Da statskassen kun indestår med kr. 15.000 for den rangsidste del på kr. 65.000 af omkostningerne, er statskassens indeståelse at betegne som en beløbsbegrænset kaution. Da statskassens indeståelse står til sikkerhed for en begrænset del af omkostningerne, har statskassens indeståelse desuden lighedstræk med en delkaution. Idet statskassens indeståelse herudover er beløbsbegrænset, er den dog ikke fuldstændig for en bestemt del af hovedfordringen, hvilket ellers er et kendetegn ved en delkaution.

4.3.2.3 Ydelsestid

Dernæst bliver spørgsmålet, hvornår ydelsestiden for sikkerhedsstillelsen indtræder. Det vil sige, hvornår sikkerhedsstillelsen kan anvendes til betaling af boets § 93 nr. 2-krav.

Omkostningerne ved boets behandling skal som udgangspunkt betales af boets aktiver. Sikkerhedsstillelsen bliver aktuel, når boets aktiver ikke længere er tilstrækkelige til at dække yderligere omkostninger ved boets behandling. Det er derfor på dette tidspunkt, at sikkerhedsstillelsens ydelsestid indtræder. Det er på dette tidspunkt konstateret, at boets aktivmasse ikke længere kan dække yderligere omkostninger. Sikkerhedsstillelsens genstand er § 93, nr. 2-kravene og ikke tabene på disse skyldforhold. Derfor kan sikkerhedsstillelsen ikke betegnes som en tabskaution. Sikkerhedsstillelsen er i stedet at betegne som en simpel kaution, idet ydelsestiden for en simpel kaution indtræder, når det kan bevises, at hovedmanden efter udtømmende retsforfølgning ikke kan betale yderligere. Når boets aktivmasse ikke længere er tilstrækkelig til at dække af yderligere omkostninger, kan det bevises, at boet ikke kan betale yderligere af hovedfordringen.

Lignende følger af U 2012.2185/1 og FM 2016.268, hvor sikkerhedsstillelsen bliver aktuel på tidspunktet, da det konstateres, at de først påløbne omkostninger, der svarer til den samlede sikkerhedsstillelse ved konkursbehandlingen, ikke kan dækkes af boets aktivmasse.

4.4 Delkonklusion

4.4.1 Omfang

I samtlige af ovenstående afgørelser fastsættes sikkerhedsstillelsen til et bestemt beløb. Derfor er sikkerhedsstillelsen en begrænset hæftelse. Derimod er det mere uklart, om hæftelsen er at betegne som en beløbsbegrænset kaution eller en delkaution.

Omkostningerne ved boets behandling skal som udgangspunkt betales af boet. Sikkerhedsstillelsen skal kun dække, hvis boets aktiver ikke svarer hertil. I en række afgørelser reduceres sikkerhedsstillelsen med et beløb, der svarer til boets aktiver. Anderledes forholder det sig imidlertid i U 2015.3800, hvor boets aktiver flyder oven på, og sikkerhedsstillelsen tillægges bomidlerne som en ekstra mulighed for at betale omkostningerne.

Retstilstanden synes derfor at være uklar med hensyn til, hvad sikkerhedsstillelsen står til sikkerhed for. Højesterets afgørelser forventes som udgangspunkt at blive fulgt senere i lignende retlige problemstillinger. Det gælder, uanset om senere afgørelser skal træffes af Højesteret eller øvrige danske domstole.¹²¹ Højesterets nyere afgørelse fra 2018 (U 2018.2301 H) skal tillægges større præjudikatsværdi end en landsretsafgørelse fra 2015 (U 2015.3800). Sammenholdt med ordlyden af KL § 143, 1. pkt. og at sikkerhedsstillelsen kun skal sikre en forsvarlig konkursbehandling, forekommer det rigtigst, at sikkerhedsstillelsen kun anvendes til dækning af de rangsidste omkostninger i et konkursbo, som i et almindeligt skyldforhold skal betales først.¹²² Dette stemmer overens med, at U 2012.2185/1 formodentlig gælder generelt.¹²³

Det må slutteligt sammenfattes, at den stillede sikkerhed i en kautionsretlig sammenhæng må karakteriseres som en delkaution for det rangsidste beløb, som skal afdrages først. Når der stilles subsidiær sikkerhed fra virksomhedspanthaver, er dennes sikkerhedsstillelse også en delkaution, hvorimod den principale sikkerhedsstillelse i disse tilfælde bliver en beløbsbegrænset kaution for den rangsidste del, der udgør summen af samlede hæftelse. Den principale sikkerhedsstillelse er i så fald en beløbsgrænset kaution og har lighedstræk med en delkaution. Den principale sikkerhedsstillelse er dog ikke fuldstændig for en bestemt del af hovedfordringen, hvilket ellers kendetegner en delkaution, idet denne også er beløbsbegrænset.

¹²¹ *Lilja m.fl.*: Domsanalyse, s. 35 f.

¹²² *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 88.

¹²³ *Konkurslovskomentaren*, s. 868.

4.4.2 Ydelsestid

Ud fra den gennemgaaede praksis kan det herefter vurderes, hvornår sikkerhedsstillelsens ydelsestid indtræder. Sikkerhedsstillelsens ydelsestid indtræder på det tidspunkt, hvor boets aktivmasse ikke længere er tilstrækkelig til at dække yderligere omkostninger. Ydelsestiden indtræder derfor på det tidspunkt, hvor det kan bevises, at § 93, nr. 2-kreditorerne ikke ved udtømmende retsforfølgning eller på anden vis kan opnå betaling hos boet (hovedmanden). Derfor er sikkerhedsstillelsen at betegne som en simpel kaution.

5. Regresproblemer

5.1 Regreskravet

Som beskrevet er kaution udtryk for sikkerhedsstillelse for en påtaget betalingspligt for en andens forpligtelse over for tredjemand. Sikkerhedsstillelsen medfører, at flere parter hæfter for hovedfordringen, hvilket betegnes som solidarisk hæftelse. Ved solidarisk hæftelse kan kreditor forlange hele fordringen opfyldt hos enhver skyldner.¹²⁴ Har en skyldner opfyldt fordringen, vil de øvrige og solidariske skyldnere som udgangspunkt være regrespligtige over for den indfriende skyldner. Da konkursboet er den egentlige skyldner, følger det af retsforholdets beskaffenhed, at sikkerhedsstiller må tilkendes et regreskrav mod konkursboet.¹²⁵

I kautionsforhold adskiller solidarisk hæftelse sig dog en smule fra øvrige tilfælde. Det skyldes, at hovedmanden hæfter principalt for hovedfordringen, mens kautionisten alene hæfter subsidiært.¹²⁶ Kreditor kan dermed ikke afkræve kautionisten, før hovedmanden tidligst har misligholdt sin forpligtelse. Konkursboet skal, som den egentlige skyldner, betale omkostningerne ved boets behandling. Sikkerhedsstillelsen er derfor subsidiær i forhold til boets aktiver. Boets aktiver anvendes derfor til fyldestgørelse af § 93-krav, og sikkerhedsstillelsen bliver kun aktuel, hvis der ikke er aktiver i boet, der svarer dertil.

Hvor sikkerhedsstillelsen anvendes til at betale § 93, nr. 2-krav, vil sikkerhedsstiller ud fra et indtrædelsessynspunkt indtræde i § 93, nr. 2-kreditorernes ret mod boet, idet boet er den egentlige skyldner. Når sikkerhedsstiller har betalt den del af kurators vederlag, der ikke kan dækkes af boets aktivmasse, har sikkerhedsstiller reelt afholdt en af boets forpligtelser.¹²⁷ Derfor har sikkerhedsstiller et regreskrav mod boet.

5.2 Regreskravets status som konkurskrav

Som nævnt i afsnit 5.1 har sikkerhedsstiller et regreskrav mod konkursboet. Det kan herefter overvejes, hvilken status regreskravet har som konkurskrav.

¹²⁴ *Gomard*: Obligationsret, s. 17 f.

¹²⁵ *Pedersen*: Kaution, s. 109.

¹²⁶ *Pedersen*: Kaution, s. 14 f.

¹²⁷ *Pedersen*: Kaution, s. 110 f. og *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemandspant, s. 204.

Efter de kautionsretlige regler anses regreskravet som udgangspunkt for stiftet på tidspunktet for hovedfordringens stiftelse.¹²⁸ Kautionsretten kan endvidere støttes på et indtrædelsessynspunkt.¹²⁹ Når kautionsretten således indfrier forpligtelsen over for kreditor, træder kautionsretten i kreditors sted over for hovedmanden. Kautionsretten opnår dermed den ret, som kreditor havde.¹³⁰ Kautionsretten opnår således ikke bedre ret, end kreditor havde, jf. tillige princippet i gældslovens (GBL) § 27. Kautionsretten opnår derved omvendt heller ikke dårligere ret, men samme ret som kreditor havde.¹³¹ De krav, som sikkerhedsstiller i dette tilfælde indfrier, er § 93, nr. 2-krav, og som således er stiftet efter konkursdekretets afsigelse. Derfor kan der på baggrund af det foranstående argumenteres for, at regreskravet hidrørende herfra tillige må have status som et § 93-krav i konkursboet. Dette støttes desuden af principperne i KL §§ 39, og 99, stk. 2. Det følger heraf, at regreskrav, der er opstået ved indfrielse af skyldnerens forpligtelse (hovedfordring), anses for opstået samtidig med denne hovedfordring. Ved indfrielse af et fortrinsberettiget krav – herunder § 93, nr. 2-krav – overgår denne fortrinsret endvidere på den indfrieres (sikkerhedsstiller) eventuelle regreskrav mod skyldneren.

Konkursretligt kan det dog være problematisk, hvis regreskravet har status som et § 93-krav. Regreskravet kan først opgøres og anmeldes i konkursboet, når kurators vederlag er endeligt fastsat. Det er først på dette tidspunkt, at det vides præcist, i hvilket omfang sikkerhedsstillelsen aktualiseres. Kurators vederlag kan endvidere først fastsættes, når bobehandlingen er afsluttet. På dette tidspunkt har kurator allerede – i hvert fald i stort omfang – udarbejdet boregnskab. Såfremt der først efterfølgende anmeldes et regreskrav som et § 93-krav, skal boregnskabet revideres, og dækningen af kurators vederlag, der er et § 93-krav, vil derfor også blive påvirket heraf. Set fra en praktisk konkursretlig synsvinkel vil en mere hensigtsmæssig løsning således være, at regreskravet fx har status som et § 97-krav. Det skyldes, at der alligevel ikke vil være dækning til § 97-kravene, såfremt sikkerhedsstillelsen aktualiseres, og sikkerhedsstiller derved opnår et regreskrav mod boet. Det skal dog understreges, at der endnu ikke ses at være holdepunkter for, at regreskravet har status som et § 97-krav.

5.3 Regreskravets forhold til en alskyldserklæring

5.3.1 Generelt

En kautionserklæring kan i erhvervsforhold gyldigt omfatte al skyld, hvis det er aftalt. I så fald hæfter alskyldskautionsretten som udgangspunkt for alt, hvad hovedmanden er eller bliver kreditor skyldig. En alskyldserklæring er særdeles byrdefuld, da alskyldskautionsretten ikke nødvendigvis har indflydelse på,

¹²⁸ Pedersen: Kautionsret, s. 131.

¹²⁹ Pedersen: Kautionsret, s. 111.

¹³⁰ Pedersen: Kautionsret, s. 111.

¹³¹ Lyngsø: Gældsloven, s. 183 og von Eyben m.fl.: Lærebog i obligationsret II, s. 66.

hvilke gældsforpligtelser hovedmanden påtager sig over for kreditor. Alskyldserklæringer skal derfor som udgangspunkt være beløbsbegrænsede.¹³²

Der kan fx foreligge tilfælde, hvor en ultimativ ejer af et virksomhedspantsættende kapitalselskab har afgivet en alskyldserklæring for kapitalselskabets forpligtelser over for virksomhedspanthaver. Netop i dette tilfælde er en alskyldserklæring ikke umiddelbart betænkelig, da alskyldskautionsisten har indflydelse på, hvilke gældsforpligtelser kapitalselskabet stifter. En alskyldserklæring fra en ultimativ ejer kan derfor være beløbsubegrænset. jf. bl.a. U 1996.1653 H og U 1981.922.¹³³

Som nævnt i afsnit 5.1 opnår sikkerhedsstiller et regreskrav mod boet, hvis sikkerheden anvendes til at betale omkostningerne ved boets behandling. Det rejser spørgsmålet, om et sådant regreskrav efterfølgende kan rettes mod den førnævnte alskyldskautionsist, idet regreskravet er et krav, som virksomhedspanthaver har mod skyldnerens konkursbo.

5.3.2 Omfanget af en alskyldserklæring

Kautionserklæringer er kun i begrænset omfang reguleret ved lov. En kautionsforpligtelse er hermed omfattet af aftalefrihed og vedrører alene de forpligtelser, som er aftalt.

Det skal som udgangspunkt være aftalt, hvis en kautionsforpligtelse skal omfatte sags- og inddrivelsesomkostninger, jf. bl.a. U 2010.1436 H. Sags- og inddrivelsesomkostninger kan fx bestå af morarenter, provision og uden- og indenretlige inddrivelsesomkostninger, herunder rykker- og inkassogebyrer.¹³⁴ Det må formentlig antages, at sags- og inddrivelsesomkostninger i denne henseende omfatter individualforfølgning mod hovedmanden.

En alskyldserklæring omfatter imidlertid al skyld. En forpligtelse til at hæfte for al skyld gælder formentlig også for omkostninger til inddrivelse af hovedfordringen, selvom det ikke specifikt er anført, at alskyldserklæringen omfatter sådanne inddrivelsesomkostninger.¹³⁵ Hermed afviger alskyldserklæringen fra andre kautionserklæringer, da inddrivelsesomkostninger ved individualforfølgning kun er omfattet af øvrige kautionserklæringer, hvis det som nævnt er aftalt.¹³⁶ Det må heraf udledes, at en alskyldserklæring uden særlig aftale omfatter inddrivelsesomkostninger ved individualforfølgning.

¹³² *Jensen*: Bankjura, s. 427 f. og *Gomard*: Obligationsret, s. 39.

¹³³ *Jensen*: Bankjura, s. 428 og *Gomard*: Obligationsret, s. 39.

¹³⁴ *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemandspant, s. 104 ff.

¹³⁵ *Pedersen*: Kaution, s. 56 f.

¹³⁶ *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemandspant, s. 104 f. og 108.

5.3.3 Forholdet mellem regreskravet og en alskyldserklæring

Det førnævnte regreskrav opstår som følge af konkursbehandling, hvor formålet er ligeligt at fordele den insolvente skyldners aktiver mellem dennes kreditorer. Konkursbehandling er derfor universalforfølgning.¹³⁷ Aktualiseres virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse, vil der opstå et regreskrav. Spørgsmålet bliver, om et regreskrav fra universalforfølgning også kan anses for at være omfattet af en alskyldserklæring, såfremt erklæringen ikke tager stilling hertil.

Som anført i afsnit 5.2 bliver regreskravet et § 93-krav i boet. Ifølge KL § 156 beholder kreditor sit krav mod skyldner for den del af fordringen, der ikke bliver dækket ved udlodning. Kreditor beholder dog ikke udækkede massekrav, som først er stiftet under bobehandlingen. En undtagelse hertil er skifteomkostninger, såfremt konkursbehandling er indledt ved en egenbegæring, og boet sluttet efter KL § 143.¹³⁸ Et konkursbo bliver selvstændigt berettiget og forpligtet i retsforhold, når boet indgår aftaler. Konkursboer anses således som selvstændige juridiske personer.¹³⁹ Når regreskravet følger af aftale mellem det selvstændige retssubjekt i form af konkursboet og § 93 nr. 2-kreditorer, kan det overvejes, hvorvidt regreskravet reelt er overensstemmende med princippet om aftalers relativitet. Ifølge dette princip har en aftale som udgangspunkt kun virkning mellem dens parter.¹⁴⁰ Hvis regreskravet kan anses for at være omfattet af en alskyldserklæring, vil alskyldskautionsisten indirekte blive påført forpligtelser i et aftaleforhold mellem konkursboet og § 93, nr. 2-kreditorer. Herved risikerer alskyldskautionsisten i sidste ende at skulle betale omkostninger for kreditorernes universalforfølgning. Det vil sige fordringer, som ikke er stiftet ved aftale mellem den oprindelige hovedmand (virksomhedspantsætter) og kreditor (virksomhedspanthaver). En sådan forpligtelse vil være i strid med princippet om aftalers relativitet, da regreskravet opstår som følge af aftale mellem parter, som ikke er omfattet af den kautionserklæring, som alskyldskautionsisten har afgivet.

Medmindre der er holdepunkter for andet i aftalen, udstrækker en alskyldserklæring sig desuden alene til at omfatte fordringer, som er etableret ved aftale mellem én bestemt hovedmand og én bestemt kreditor, jf. bl.a. U 1981.543.¹⁴¹ Regreskrav, som følger af aftale mellem konkursboet og dets kreditorer, er derved ikke afledt af aftalte fordringer mellem den oprindelige hovedmand og kreditor, som alskyldskautionsisten har forpligtet sig til at friholde kreditor for. Derved kan regreskravet som følge af universalforfølgning ikke uden særlig aftale blive rettet mod alskyldskautionsisten.

¹³⁷ *von Eyben m.fl.*: Kreditorforfølgning, s. 15 f.

¹³⁸ *Petersen*: Kommentar nr. 635 til konkursloven (Karnovs noter).

¹³⁹ *Ørgaard*: Konkursret, s. 27.

¹⁴⁰ *Ulfbeck*: Kontraktens relativitet, s. 31.

¹⁴¹ *Pedersen*: Kautions, s. 53.

5.3.4 Sammenfatning

Det må sammenfattes, at en alskyldskaution omfatter al skyld, herunder inddrivelsesomkostninger. Imidlertid hæfter alskyldskautionisten alene for fordringer mellem én bestemt hovedmand og én bestemt kreditor. Alskyldserklæringen vedrører hermed kun sags- og inddrivelsesomkostninger som følge af individualforfølgning, medmindre andet følger af alskyldserklæringen. Det må slutes, at ovennævnte regreskrav som udgangspunkt ikke kan rettes mod en alskyldskautionist, da regreskravet stammer fra universalforfølgning. Dette vil derfor kræve en særskilt aftale herom.

6. Tredjemands indeståelse for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse

6.1 Generelt og problemstilling

Som nævnt i afsnit 5.3.3 omfatter en alskyldserklæring som udgangspunkt ikke regreskrav, som hidrører fra bl.a. virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse. Dette rejser i stedet spørgsmålet, om virksomhedspanthaver kan indgå en særskilt aftale med tredjemand – herunder alskyldskautionsisten – om, at denne indestår for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspantsætters konkurs.

En sådan aftale giver anledning til en række overvejelser, herunder hvordan aftalen skal karakteriseres kautionsretligt, og om tredjemand, herunder virksomhedspantsætters ejer, overhovedet kan forpligtes heraf. I det følgende vil der blive fokuseret på de tilfælde, hvor virksomhedspantsætters ejer indestår for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspantsætters konkurs. Denne aftale vil i det følgende blive betegnet som *aftalen*.

6.2 Aftalens karakteristika

Sikkerhedsstillelsen stilles for de konkurskrav, der kan klassificeres som § 93, nr. 2-krav. Som redegjort for i afsnit 4.1 kan § 93, nr. 2-krav kautionsretligt betragtes som hovedfordringen, mens et konkursbo er hovedmanden, og § 93, nr. 2-kreditorerne anses for at være kreditorer. Kautionsisten er i dette tilfælde sikkerhedsstiller efter KL § 27, hvilket tillige omfatter virksomhedspanthaver.

Aftalen bevirker, at tredjemand hæfter for, hvad virksomhedspanthaver risikerer at udrede af § 93, nr. 2-krav. Formålet er, at tredjemand skal friholde virksomhedspanthaver. Virksomhedspanthaver bliver dermed kreditor for denne tredjemand. Tredjemand forpligter sig imidlertid ikke til at stille sikkerheden efter KL § 27, stk. 4 og 5. Derimod er virksomhedspanthaver fortsat forpligtet til at stille sikkerhed, og aftalen mellem tredjemand og virksomhedspanthaver berører derfor ikke, hvem der skal stille sikkerhed efter KL § 27, stk. 4 og 5. Hensigten med aftalen er alene at sikre det potentielle regreskrav, som virksomhedspanthaver vil kunne opnå mod skyldnerselskabet, såfremt virksomhedspanthavers ydelsestid indtræder.

Kautionsretligt har aftalen visse lighedspunkter med en kontrakaution. Det skyldes, at kontrakautionsisten (tredjemand) indestår for at friholde, hvad hovedkautionsisten (virksomhedspanthaver) kommer til at udrede af hovedfordringen over for hovedkreditor (§ 93, nr. 2-krav). Genstanden for tredjemands (kontrakautionsisten) indeståelse er altså regreskravet, som virksomhedspanthaver (hovedkautionsisten) vil opnå mod konkursboet (hovedmanden). I en kautionsretlig sammenhæng må aftalen betegnes som en kontrakaution.

Når tredjemand indestår for at friholde virksomhedspanthaver for at stille sikkerhed ved en potentiel og fremtidig konkurs, omfatter aftalen en fordring, som ikke er stiftet på tidspunktet, hvor aftalen bliver indgået. Aftalen omfatter hermed en fremtidig fordring.¹⁴² Det er ikke afgørende, om erklæringen er udformet i en fremtidsform. Er der knyttet betingelser til en fremtidig fordring, kan der først støttes ret herpå, når de angivne betingelser er opfyldt.¹⁴³ Da grundlaget for aftalen endnu ikke er opstået på aftaletidspunktet, må aftalens karakteristika defineres som en kontraktauktion for en fremtidig fordring.

Medmindre andet er aftalt, anses en kontraktauktion for at være en simpel kaution.¹⁴⁴ Det antages imidlertid i det følgende, at virksomhedspanthaver indgår aftale med tredjemand om, at tredjemand indestår for sikkerhedsstillelsen, så snart virksomhedspanthaver bliver forpligtet over for § 93, nr. 2-kreditorerne. Det forudsættes derfor, at kontraktauktionisten (tredjemand) hæfter som selvskyldnerkautionist. Når tredjemand indestår for sikkerhedsstillelsen i medfør af ovennævnte aftale, vil tredjemand kunne opnå et regreskrav mod boet (hovedmanden).¹⁴⁵

Aftalen vil formentlig ofte blive indgået i forbindelse med en finansieringsaftale mellem virksomhedspanthaver og virksomhedspantsætter, der kan være et kapitalselskab. Ifølge princippet om aftalers relativitet har en aftale som udgangspunkt alene virkning mellem aftalens parter, og aftalen kan derfor ikke skabe forpligtelser for tredjemand.¹⁴⁶ Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at det blot fremgår af finansieringsaftalen mellem virksomhedspantsætter og virksomhedspanthaver, at tredjemand – eksempelvis kapitalselskabets og dermed virksomhedspantsætters ejer – indestår for sikkerhedsstillelsen. I så fald er det en betingelse, at den involverede tredjemand tiltræder finansieringsaftalen, eller at der indgås en særskilt aftale med denne tredjemand vedrørende indeståelsen. Er dette ikke tilfældet, er tredjemand ikke bundet og dermed ikke forpligtet til at indestå for sikkerhedsstillelsen.

Tillades aftalen, vil den reelt gøre kravet om virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse illusorisk som en begrænsning af virksomhedspantet. Dette skyldes, at virksomhedspanthaver ultimativt ikke kommer til at afholde beløbet til sikkerhedsstillelsen. Aftalen vil dog ikke frigøre virksomhedspanthaver for forpligtelsen efter KL § 27, stk. 4. Aftalen medfører blot, at tredjemand ultimativt betaler beløbet.

¹⁴² *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 434 og *Christensen*: Fremtidige fordringer, s. 67.

¹⁴³ *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemandspant, s. 55.

¹⁴⁴ *Pedersen*: Kaution, s. 47.

¹⁴⁵ *Pedersen*: Kaution, s. 47.

¹⁴⁶ *Ulfbeck*: Kontraktens relativitet, s. 31 og *Andersen*: Grundlæggende aftaleret, s. 105 f.

6.3 Aftalens rimelighed

Det er et grundlæggende aftaleretligt princip, at aftaler er bindende. Grundsætningen kom allerede til udtryk i Danske Lov af 1683 i 5-1-1 og 5-2-1. Dansk ret indeholder desuden et udgangspunkt om handlefrihed. Den enkelte kan derfor frit indgå aftaler, der som udgangspunkt vil være retlig bindende. En række af forskellige hensyn bevirker imidlertid, at handlefriheden begrænses af retlige reguleringer.¹⁴⁷

Det kan overvejes, om aftalen kan tilsidesættes som urimelig. Ved stiftelse af en kautionsforpligtelse finder de almindelige regler om aftaleindgåelse og stiftelse af fordringer anvendelse.¹⁴⁸ Derfor er en sådan aftale tillige underlagt aftalelovens regler om tilsidesættelse af urimelige aftaler. En kautionsforpligtelse kan derfor efter de konkrete omstændigheder tilsidesættes som urimelig i medfør af AFTL §§ 33 eller 36. Generelt skal kautionsforpligtelser vedrørende erhvervsmæssige forhold som udgangspunkt fortolkes med henblik på at finde en hensigtsmæssig løsning af parternes mellemværende og som udgangspunkt ikke blot med henblik på at begrænse kautionistens forpligtelse.¹⁴⁹

Som nævnt i afsnit 6.2 er en sådan aftale reelt at karakterisere som en kontraktauktion. Der er som udgangspunkt formfrihed ved indgåelse af kautionsforpligtelser. Kautionisten vil derfor være forpligtet, når blot kautionserklæringen kan bevises.¹⁵⁰ Påtagelse af en kautionsforpligtelse er som det helt overvejende udgangspunkt heller ikke i sig selv urimelig, jf. bl.a. U 2007.1988, hvor et forældrepar selvskyldnerkaution for deres søns forpligtelser over for en bank ikke kunne tilsidesættes i medfør af AFTL §§ 33 eller 36. Aftalen vil endvidere kunne karakteriseres som indgået i et professionelt og erhvervsmæssigt forhold, idet aftalen oftest vil blive indgået i forbindelse med en finansieringsaftale mellem virksomhedspantsætter og virksomhedspanthaver. Aftalen er derfor til fordel for begge parter, hvilket må tale mod tilsidesættelse, jf. U 2001.1011 H. Det er derved også som udgangspunkt – og især i erhvervsforhold – betænkeligt at tilsidesætte eller ændre aftalens enkelte vilkår, idet aftalen ofte har betydning for, hvilke aftaler parterne indgår med øvrige aftalparter.¹⁵¹

Såfremt en aftale er velbegrundet, og dens indhold er kendt af parterne, kan aftalen som udgangspunkt ikke tilsidesættes, blot fordi aftalens indhold er byrdefuldt for en part, jf. bl.a. U 2003.23 H.¹⁵² Ved at tredjemand indestår for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspantsætters konkurs, forpligter tredjemand sig til at betale maksimalt kr. 50.000 i tilfælde af, at sikkerhedsstillelsen bliver aktuel under virksomhedspantsætters konkurs. Tredjemand kan derfor ved afgivelse af løftet og ved aftaleindgåelsen være fuldt ud oplyst om indholdet af sin forpligtelse. Tredjemand vil endvidere

¹⁴⁷ *Ørgaard m.fl.*: Almindelig kontraktsret, s. 18 f. og *Andersen*: Aftaler og mellemmand, s. 19 ff.

¹⁴⁸ *Pedersen*: Kautions, s. 21.

¹⁴⁹ *Thomsen m.fl.*: Kautions og tredjemandspant, s. 79.

¹⁵⁰ *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 425.

¹⁵¹ *Aftalelovskommentaren*, s. 259 og 271 og *Ørgaard m.fl.*: Almindelig kontraktsret, s. 175.

¹⁵² *Aftalelovskommentaren*, s. 176 og 272 f.

ikke kunne fritages for sin kautionsforpligtelse blot som følge af, at tredjemand ikke havde forventet, at indeståelsen senere blev aktuel.¹⁵³

Endvidere må der tillige lægges vægt på et eventuelt misforhold mellem omfanget af en kautionsforpligtelse og kautionistens økonomi, jf. U 2017.227.

I U 2017.227 selvskyldnerkautionerede en hustru, ved en beløbs- og tidsbegrænset privatkaution, for sin ægtefælles erhvervsmæssige gæld til et byggefirma. Landsretten fandt, at aftalegrundlaget og de konkrete omstændigheder klarlagde kautionsforpligtelsens omfang, og at der efter de konkrete omstændigheder ikke var grundlag for at tilsidesætte aftalen i medfør af AFTL § 33. Herudover fandt landsretten ikke, at AFTL § 36 kunne ændre eller tilsidesætte kautionsforpligtelsen. Landsretten lagde herved vægt på, at der ikke forelå et misforhold mellem kautionsforpligtelsens omfang og kautionistens økonomi.

Når tredjemand indestår for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspantsetters konkurs, vil tredjemand som nævnt maksimalt risikere at hæfte for kr. 50.000. Det er herefter en konkret vurdering i forhold til den pågældende tredjemands økonomi, om kautionsforpligtelsen er urimelig. Som udgangspunkt kan kr. 50.000 dog være et håndgribeligt beløb.

En kautionsforpligtelse kan endvidere ikke tilsidesættes som urimelig, såfremt kautionserklæringen er afgivet som led i et forretningsmæssigt mellemværende og ligger inden for, hvad kautionisten konkret må forvente henset til de konkrete omstændigheder, samt hvor udformningen og indholdet af kautionsforpligtelsen ikke er usædvanlig, jf. U 1991.330/2 H.

I U 1991.330/2 H havde en kautionist som led i et forretningsmæssigt mellemværende stillet selvskyldnerkaution for lån, som et pengeinstitut havde ydet en hovedmand. Ifølge både landsretten og Højesteret kunne kautionsforpligtelsen ikke tilsidesættes eller begrænses efter AFTL § 36 eller efter almindelige aftaleretlige synspunkter. Højesteret nedsatte det samlede hæftelsesbeløb, som kautionisten blev tilpligtet at betale. I øvrigt stadfæstede Højesteret landsrettens afgørelse af de grunde, som var anført af landsretten. Ved vurderingen af om kautionsforpligtelsen kunne tilsidesættes, lagde landsretten først og fremmest vægt på, at kautionserklæringen var afgivet som led i et forretningsmæssigt mellemværende. Herefter lagde landsretten tillige vægt på, at udformningen og indholdet af kautionsforpligtelsen lå inden for, hvad kautionisten måtte forvente, og at kautionsforpligtelsen ikke var usædvanlig. Efter sagens konkrete omstændigheder, fandt landsretten herefter, at kautionsforpligtelsen ikke kunne tilsidesættes som urimelig.

Når tredjemand forpligter sig til at indestå for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspantsetters konkurs, kan tredjemand som nævnt allerede ved afgivelse af et sådant løfte være fuldt ud oplyst om forpligtelsens indhold. Dette kan være tilfældet, da tredjemand indestår for betaling af maksimalt kr. 50.000 i tilfælde af virksomhedspantsetters konkurs. En sådan forpligtelse

¹⁵³ Pedersen: Kaution, s. 29.

(kontrakaution) vil derfor – på det tidspunkt den bliver aktuel – ligge inden for, hvad tredjemand må forvente henset til de konkrete omstændigheder.

Dernæst kan det overvejes, om forpligtelsen er usædvanlig. En kontrakaution er en forholdsvis velkendt kautionsform. En kontrakaution kan derfor ikke i sig selv karakteriseres som usædvanlig. Uanset om en konkret kontrakautionsforpligtelse kan karakteriseres som en usædvanlig og byrdefuld aftale, må det dog kunne tale mod tilsidesættelse, såfremt der ligger et fornuftigt formål bag aftalen.¹⁵⁴ Aftalen vil blive indgået i forbindelse med en finansieringsaftale mellem virksomhedspanthaver og virksomhedspantsætter. Formålet vil således bl.a. være at tilvejebringe et grundlag for, at virksomhedspanthaver er villig til at yde virksomhedspantsætter finansiering. Aftalen er endvidere indgået i et professionelt og erhvervsmæssigt øjemed, og forpligtelsen kan derved tillige have betydning for økonomiske og risikomæssige overvejelser i forhold til det samlede engagement og øvrige aftaler.¹⁵⁵ Under alle omstændigheder kan aftalen dog forekomme ofte i forbindelse med finansieringsaftaler mod virksomhedspant og vil af den grund formentlig ikke være usædvanlig. Dette, sammenholdt med at kontrakautionsforpligtelsen ligger inden for, hvad kontrakautionisten må kunne forvente henset til de konkrete omstændigheder, må således tale stærkt for, at aftalen ikke kan tilsidesættes som urimelig.

Endvidere er alskyldserklæringer som udgangspunkt tilladte i erhvervsforhold, såfremt erklæringen er beløbsbegrænset.¹⁵⁶ Alskyldserklæringer kan derfor også omfatte mange fremtidige fordringer. Ved en aftale om, at tredjemand indestår for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse, indestår tredjemand for én fremtidig fordring. Idet alskyldserklæringer, der således kan omfatte bl.a. mange fremtidige fordringer, som udgangspunkt ikke kan tilsidesættes som urimelige, må erklæringer om, at kautionisten indestår for alene én fremtidig fordring heller ikke kunne tilsidesættes som urimelig. En sådan indeståelse er således umiddelbart væsentligt mindre byrdefuld end en alskyldserklæring. Desuden er erklæringen begrænset til maksimalt kr. 50.000, idet erklæringen alene omfatter fordringen på kr. 50.000 som sikkerhed for omkostningerne ved konkursboets behandling i medfør af KL § 27, stk. 4. Dette taler også for, at kontrakautionen ikke kan tilsidesættes som urimelig.

Herudover er retspraksis også meget restriktiv vedrørende tilsidesættelse af kautionsforpligtelser inden for erhvervsforhold i medfør af AFTL § 36.¹⁵⁷ Dette skyldes bl.a., at det i mange tilfælde er et kapital-selskabs ultimative kapitalejer, der kautionerer personligt for kapital-selskabets gæld, og denne ultimative kapitalejer har ofte stor indflydelse på, hvorledes skyldforholdet mellem kapital-selskabet og kredi-

¹⁵⁴ *Ørgaard m.fl.*: Almindelig kontraktsret, s. 172.

¹⁵⁵ FT 1994-95 tillæg A, s. 338 og *Aftalelovskommentaren*, s. 271.

¹⁵⁶ *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 427 f.

¹⁵⁷ *Andersen*: Aftalelovens § 36, s. 320.

tor skal forløbe, herunder om kautionsforpligtelsen bliver aktuel. Når kautionisten har en sådan indflydelse i kapitalsekskabet, vil alskyldserklæringer endda være mindre betænkelige.¹⁵⁸ En sådan indflydelse forekommer ligeledes i de tilfælde, hvor virksomhedspantsætter er et kapitalsekskab, og det er kapitalsekskabets ejer, der personligt kontrakautionerer for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspantsætters (kapitalsekskabet) konkurs. I kraft af kapitalsekskabets ejers indflydelse på kapitalsekskabet, bliver det derfor i sidste ende bl.a. ejers udøvelse af indflydelse på kapitalsekskabet, der bliver afgørende for, om kontrakautionen bliver aktuel.

6.4 God pengeinstitutsik

6.4.1 Generelt

AFTL § 36 er en del af de såkaldte rimeligheds- og hæderlighedsregler. Disse regler er beslægtet med et almindeligt krav om, at erhvervsdrivende skal iagttage en god og redelig adfærd, når der udøves erhvervsvirksomhed.¹⁵⁹ Med andre ord er rimeligheds- og hæderlighedsreglerne beslægtet med et krav om god skik fra branchens aktører. God skik anses for at være en retlig standard og er et dynamisk og fleksibelt regelsæt, der løbende følger samfundsudviklingen.¹⁶⁰ God skik tager derved afsæt i, hvad der er en accepteret god adfærd inden for en given branche.¹⁶¹

Det vil ofte være pengeinstitutter, som i egenskab af at være kredit- og långiver forlanger sikkerhed ved et virksomhedspant. En aftale, som omtalt i afsnit 6.1, vil derfor være særlig aktuel i relation til pengeinstitutter. I afsnit 6.3 er aftalens rimelighed behandlet, hvorefter aftalen ikke kan tilsidesættes som urimelig. Et nærliggende spørgsmål bliver derfor, om aftalen er i strid med god pengeinstitutsik.

6.4.2 Retlig regulering af god pengeinstitutsik

Der eksisterer lovregulerede regler om god skik for pengeinstitutter. I lov om finansiel virksomheds (FIL) § 43, stk. 1 optræder en lovfæstet retlig standard om, at finansielle virksomheder skal overholde redelig forretningsskik og god praksis efter de gældende samfundsnormer inden for virksomhedsområdet. I medfør af FIL § 43, stk. 2 er endvidere udstedt en bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder (god skik-bekendtgørelsen). God skik-bekendtgørelsen supplerer og uddyber den offentligretlige regulering i FIL § 43 og skal ligeledes fortolkes i lyset af de samfundsnormer, som til enhver tid er gældende.¹⁶² Et pengeinstitut skal fx handle redeligt og loyalt over for sine kunder, uanset om det er et privat- eller erhvervsmæssigt kundeforhold, jf. god skik-bekendtgørelsens § 3, jf. § 1, stk. 3.

¹⁵⁸ *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 428.

¹⁵⁹ *Ørgaard m.fl.*: Almindelig kontraktsret, s. 177.

¹⁶⁰ *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 183 f., U 2004B.1 ff. og *Bønsing*: Brancheregler og brancheprocess, s. 15 ff.

¹⁶¹ U 2004B.1 ff.

¹⁶² Vejledning til god skik-bekendtgørelsen, bemærkningerne til § 3.

6.4.3 Forholdet mellem god skik-regler og rimeligheds- og hæderlighedsregler

Den grundlæggende forskel på rimeligheds- og hæderlighedsregler og god skik-regler er, hvilken metode retsanvenderen skal anvende. God skik-regler udspringer af, hvad der ud fra et givent områdes styrende adfærd anses for at være en god adfærd, mens rimeligheds- og hæderlighedsregler afgøres ud fra domstolenes vurdering af almindelige moralopfattelser.¹⁶³

Den almindelige moralopfattelse og god skik ligger dog tæt på hinanden. Selvom en aftale kan være i strid med god skik uden at være ugyldig, vil det endelige resultat efter god skik-regler og den almindelige moralopfattelse ofte være enslydende.¹⁶⁴ Praksis indikerer også, at der er en tæt relation mellem tilsidesættelse af god skik-regler og ugyldighed i henhold til AFTL §§ 33 og 36, jf. fx U 1996.120 SH. Det er formodentligt svært at erklære en aftale i strid med god skik-regler, hvis aftalen ikke samtidig er i strid med den almindelige moralopfattelse og omvendt.¹⁶⁵

6.4.4 Forholdet mellem aftalen og god skik-regler

Det må erindres, at det er sædvanligt, at pengeinstitutter indgår kautionsaftaler. Pengeinstitutter handler dermed som udgangspunkt ikke i strid med god skik, når disse sikrer sig via kautionsaftaler. Pengeinstitutter skal dog overholde de til enhver tid gældende form- og lovkrav, når kautionsaftaler indgås, herunder iagttage oplysningspligten. Tilsidesætter pengeinstitutter form- og lovkrav, vil dette kunne være i strid med god skik.¹⁶⁶

Spørgsmålet bliver nærmere, om indholdet af en sådan aftale er i strid med god skik. Som udgangspunkt er det tilladt, at en erhvervskautionist afgiver en alskyldserklæring. Som nævnt i afsnit 5.3.2 kan en alskyldserklæring indholdsmæssigt strække sig særdeles vidt, da alskyldserklæringer, i visse erhvervsforhold, kan omfatte fremtidige og betydelige engagementsudvidelser, jf. bl.a. U 1996.1653 H og U 1981.922.¹⁶⁷ Idet en alskyldserklæring kan omfatte betydelige og fremtidige engagementsudvidelser uden at være hverken urimelige eller i strid med god skik, synes alskyldserklæringer umiddelbart at kunne have et mere byrdefuldt indhold end en kontraktauktion for en fremtidig fordring. Det må ses ud fra, at aftalen kun vedrører én fremtidig fordring på maksimalt kr. 50.000, der er det beløb, som tredjemand indestår for. Desuden vil en sådan kontraktauktionist være ejeren, som tillige gyldigt kan afgive en ubegrænset alskyldserklæring. Da alskyldserklæringer ikke er i strid med god skik, synes det ikke at være afvigende fra den styrende adfærd for pengeinstitutter, såfremt virksomhedspanthaver og tredjemand indgår en aftale om, at tredjemand kontraktauktionerer for én potentiel og fremtidig fordring.

¹⁶³ *Bøsing*: Brancheregler og branchepoces, s. 17 f.

¹⁶⁴ *Bøsing*: Brancheregler og branchepoces, s. 18.

¹⁶⁵ *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 198 f.

¹⁶⁶ *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 422 f.

¹⁶⁷ *Jensen m.fl.*: Bankjura, s. 427 f., *Thomsen m.fl.*: Kaution og tredjemands pant, s. 81 f. og *Gomard*: Obligationsret, s. 39.

Det må derved udledes, at eftersom en aftale, som omtalt i afsnit 6.1, er mindre byrdefuld end en alskyldserklæring – der som udgangspunkt ikke er tilstrækkelig byrdefuld til at blive tilsidesat – er indholdet af aftalen ikke i strid med god pengeinstitutskik.

6.5 Sammenfatning

En aftale, hvorefter tredjemand indestår for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspantsætters konkurs, kan gyldigt indgås. Aftalen har karakter af en kontrakaution, idet tredjemand indestår for det regreskrav, som virksomhedspanthaver (hovedkautionisten) vil få mod skyldneren (hovedmanden).

Aftalen kan ikke tilsidesættes som urimelig i medfør af AFTL §§ 33 og 36 og er ikke modstridende god pengeinstitutskik. Dette skyldes bl.a., at aftalen er indgået som led i et forretningsmæssigt mellemværende, og at tredjemand kan blive fuldt ud oplyst om sin forpligtelse ved aftaleindgåelsen. Aftalen medfører en sikkerhedsstillelse for én fremtidig fordring på kr. 50.000. Aftalen er således mindre byrdefuld end sædvanlige alskyldserklæringer, hvorefter der stilles sikkerhed for flere fremtidige fordringer. Alskyldserklæringer kan som udgangspunkt ikke tilsidesættes. Derfor kan en aftale, hvorefter tredjemand indestår for virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse i tilfælde af virksomhedspanthavers konkurs, heller ikke tilsidesættes.

7. Udfald og perspektivering – U 2018.2301 H

7.1 Indledende

Højesteret fastslår i U 2018.2301 H, at et panthaververderlag indgår som et aktiv i konkursboet med det resultat, at sikkerhedsstillelsen skal reduceres med dette aktiv. Der kan således forekomme tilfælde, hvor sikkerhedsstillelsen reduceres helt, og hvor denne ikke kan dække yderligere omkostninger ved konkursboets behandling.

En særlig situation kan fx opstå i tilfælde af, at der i et konkursbos aktivmasse alene indgår virksomhedspantsatte aktiver, eksempelvis i form af et virksomhedspantsat varelager. Der er i forbindelse med konkursdekretets afsigelse stillet sikkerhed for omkostningerne ved konkursboets behandling med samlet kr. 65.000, herunder kr. 50.000 fra virksomhedspanthaver, jf. KL § 27, stk. 1 og 4. Kurators arbejde med realisation af det virksomhedspantsatte varelager indbringer et panthaververderlag på kr. 65.000. Ifølge U 2018.2301 H reduceres sikkerhedsstillelsen herefter til kr. 0. Panthaververderlaget på kr. 65.000, der indgår som et frit aktiv i konkursboet, skal derfor som konkursboets eneste frie aktiv dække kurators samlede vederlag, der udmåles efter KL § 239. Dette er dog midler, der allerede er arbejdet for ved realisation af det virksomhedspantsatte varelager. Dette aktiv kan således ikke finansiere yderligere bobehandling, herunder almindeligt boarbejde som omstødesundersøgelser, konkurskarantæneundersøgelser mv.

U 2018.2301 H kan derfor have betydning for bl.a. de pligter, som påhviler kurator, samt de opgaver som kurator skal udføre i forbindelse med konkursboets behandling. Der kan nemlig vise sig ikke at være tilstrækkelige midler, herunder sikkerhedsstillelse, til dækning af omkostningerne herved.

Udfaldet af U 2018.2301 H er udtryk for gældende ret. I det følgende vil det under 7.2 dog blive undersøgt, om der eksisterer konkursretlige hensyn, som er svære at forene med U 2018.2301 H. Herudover vil følgerne af udfaldet af U 2018.2301 blive belyst nærmere under 7.3.

7.2 Modgående hensyn – U 2018.2301 H

7.2.1 Forholdet til hensynene bag virksomhedspant

Som nævnt i afsnit 3.2.1 omfatter virksomhedspantet som udgangspunkt alt, hvad virksomheden ejer og fremtidigt erhverver. Herefter er den klare systematik dog, at virksomhedspantet begrænses. Efter U 2018.2301 H åbnes der i stedet op for virksomhedspantet. Der risikerer netop at forekomme situationer, hvor der fx ikke vil være midler til at omstøde forøgelser af virksomhedspant efter KL § 70 a, selvom betingelserne er opfyldt. Endvidere fremgår det af afgørelsen, at virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse skal reduceres med konkursboets aktiver, herunder også panthaververderlag. Virksomhedspanthaver vil derfor i de tilfælde, hvor konkursboets aktiver overstiger et beløb, som svarer til den samlede sikkerhedsstillelse, få frigivet eller tilbagebetalt den sikkerhedsstillelse, som virksomhedspanthaver har stillet. Virksomhedspantet vil i sådanne tilfælde ikke længere blive begrænset. Virksomhedspanthaver vil i stedet kunne opnå en mere gunstig retsstilling. U 2018.2301 H er således ikke i overensstemmelse med den systematik og den linje, hvorefter reglerne om virksomhedspant er opbygget.

Det kan endvidere overvejes om den praksis, der følger af U 2018.2301 H, kan medføre situationer, der i relation til reglerne om virksomhedspant må anses for uhensigtsmæssige. Som nævnt i afsnit 2.2.4 er virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse ikke øremærket til arbejde med de virksomhedspantsatte aktiver i konkursboet. Med den praksis, der følger af U 2018.2301 H, risikeres situationer, hvor der kan forekomme resultater, der svarer til, at virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse er øremærket til arbejde med de virksomhedspantsatte aktiver.

Eksempel: I et konkursbo indgår alene aktiver i form af et virksomhedspantsat varelager. Virksomhedspanthaver stiller straks efter konkursdekret sikkerhed for omkostningerne ved konkursboets behandling. Endvidere fritager skifteretten konkursrekvirenten for at stille sikkerhed, således at statskassen i stedet indestår for omkostningerne ved konkursboets behandling. Kurator sælger de virksomhedspantsatte aktiver med et panthaververderlag på kr. 65.000 til følge. Panthaververderlaget indgår som et aktiv i konkursboet. Herefter følger det af U 2018.2301 H, at statskassens indeståelse og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse skal reduceres med panthaververderlaget på kr. 65.000. Indeståelsen og virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse reduceres således helt. Det er således et faktum, at kurator alene har arbejdet med de virksomhedspantsatte aktiver, mens virksomhedspanthaver i form af panthaververderlaget har betalt kr. 65.000 herfor. Resultatet vil beløbsmæssigt være det samme, såfremt virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse faktisk er øremærket til arbejde med de virksomhedspantsatte aktiver. Tilsvarende kommer endda tillige til at gælde statskassens indeståelse i dette tilfælde.

Det kan sammenfattende opsummeres, at U 2018.2301 H ikke er klart overensstemmende med reglerne om virksomhedspant, herunder systematikken og de grundlæggende hensyn bag disse regler.

7.2.2 Kurators opgaver

Sikkerhedsstillelsen har til formål at sikre en forsvarlig bobehandling.¹⁶⁸ Der er deslige advaret mod vedtagelse af lovregler, som begrænser muligheden for konkursbehandling.¹⁶⁹ Kurator kan ikke bebrejdes, hvis denne ikke vil udføre arbejde, når der ikke er udsigt til betaling herfor. Indgår et frit aktiv i form af et panthaververderlag i boet, kan sikkerhedsstillelsen reduceres helt, såfremt aktivets værdi svarer til sikkerheden. Er boet endvidere uden frie aktiver, kan en forsvarlig bobehandling ikke udføres, da kurator ikke har pligt til at arbejde gratis. Opstår en sådan situation, hvor kurator ikke har grundlag for at udføre en forsvarlig bobehandling, vil det være svært at forene U 2018.2301 H med dette hensyn bag sikkerhedsstillelsen.

Når et panthaververderlag indgår som et aktiv i boet og reducerer sikkerhedsstillelsen med dette aktiv, kan kurator være fristet til at undlade at arbejde med pantsatte aktiver. I så fald indgår der ikke i boet et aktiv i form af et panthaververderlag, som reducerer sikkerhedsstillelsen hermed. På den måde sikrer kurator, at sikkerhedsstillelsen kan anvendes til at udføre en forsvarlig bobehandling, selvom boet er

¹⁶⁸ Bet. 1512, s. 428.

¹⁶⁹ Notat af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 26 f.

uden frie aktiver. Det skyldes, at sikkerhedsstillelsen dækker omkostningerne ved boets behandling, når boets aktiver ikke svarer hertil. Som redegjort for i afsnit 2.3.1 indeholder kuratorfuldmagten i KL § 110 imidlertid en række pligter, som kurator skal iagttage. Formodentlig har kurator en pligt til at sælge konkursboets aktiver, jf. KL § 110, stk. 1 forudsætningsvist.¹⁷⁰ En sådan opfattelse stemmer alt andet lige overens med, at kurator handler pligtstridigt, hvis kurator fortrinsvis varetager udvalgte kreditorens interesser.¹⁷¹ Kurator kan derfor ikke frasige sig pligten til at sælge boets pantsatte aktiver, selvom arbejdet kan medføre, at der ikke er grundlag for at varetage øvrige og forsvarlige boopgaver.

Skifteretten forlangte under konkursloven af 1872 en praksisskabt sikkerhedsstillelse. Denne praksisskabte sikkerhedsstillelse skyldtes et hensyn om, at et konkursbo skal finansieres af skyldners aktiver, hvorfor hverken skifteretten eller nogen anden som udgangspunkt bør afholde udlæg for boet.¹⁷² I nyere tid det desuden overvejet, om kurator må anvende sikkerhedsstillelsen til driftsfinansiering, og om kurator i det hele taget kan komme i konflikt med habilitetsreglerne i KL § 238, hvis kurator lægger ud for påløbne boomkostninger.¹⁷³ Som følge af U 2018.2301 H risikerer kurator at betale boomkostninger, som konkursboet ikke efterfølgende kan dække. Det bagvedliggende hensyn, ifølge hvilket kurator ikke skal afholde udlæg, kan være uforeneligt med U 2018.2301 H. Såfremt antagelsen, hvorefter kurator kan komme i konflikt med konkurslovens habilitetsregler ved løbende at betale boets omkostninger med egne midler, er velbegrundet, vil retsstillingen i U 2018.2301 H udfordre habilitetsreglerne i KL § 238.

7.2.3 Kreditorernes interesser

Hovedformålet med en konkurs er at fordele boets midler ligeligt i kreditorernes fælles interesse.¹⁷⁴ Med sigte herpå kan omstødelse efter KL kap. 8 forøge boets aktivmasse til fordel for kreditorfællesskabet. For at sikre en fristdag til at fastholde muligheden for omstødelse kan skyldner eksempelvis ved en egenbegæring blive fritaget for sikkerhedsstillelse, jf. KL § 27, stk. 3, nr. 1.¹⁷⁵ Når et panthaververderlag indgår som et aktiv i boet, reduceres sikkerhedsstillelsen med dette aktiv. Det kan bevirke, at der ikke er midler til at betale kurator for boarbejde, som fx omfatter omstødellesundersøgelser. Behov for at etablere eller fastholde en fristdag med henblik på omstødellesundersøgelser kan herved være uforeneligt med retsstillingen efter U 2018.2301 H. Udføres en forsvarlig bobehandling ikke, vil det ligeledes ikke blive undersøgt, om skyldner begår kreditorunddragelse ved at skjule potentielle boaktiver,

¹⁷⁰ *Paulsen: Insolvensret – konkurs*, s. 651.

¹⁷¹ *Konkurslovscommentaren*, s. 777.

¹⁷² Bet. 606, s. 88, *Gomard: Skifteret*, s. 82 f. og FM 1983.103 ff.

¹⁷³ *Paulsen: Insolvensret – konkurs*, s. 279 og FM 1983.103 ff.

¹⁷⁴ Bet. 606, s. 266.

¹⁷⁵ Bet. 1086, s. 58.

som burde fordeles mellem kreditorerne. Er der ikke grundlag for, at kurator kan udføre omstødelsesundersøgelser eller foretage en registreringsforretning af boets aktiver, kan afgørelsen være svær at forene med konkursbehandlingens hovedformål om kreditorernes ligelige fyldestgørelse.

7.2.4 Samfundsmæssige hensyn

Som beskrevet er formålet med sikkerhedsstillelsen at skabe et økonomisk grundlag for en forsvarlig bobehandling. Med U 2018.2301 H er der risiko for, at strafbare forhold ikke bliver afdækket. Misbrugsfaren og præventive årsager er ellers tidligere blevet nævnt blandt formål med, at kurator bør udføre en forsvarlig bobehandling, således at uredelige forhold bliver belyst.¹⁷⁶ Modtager politiet fx ikke underretninger efter KL § 110, stk. 4, opstår en forøget risiko for, at uredelige forhold ikke bliver afdækket. Dette stemmer ikke overens med hensynet om behovet for en forsvarlig bobehandling.

Tidligere er det overvejet, om statskassens indeståelse bør udvides, hvorved statskassen indestår for eksempelvis omkostningerne ved at afdække uredelige forhold.¹⁷⁷ Overvejelserne er overensstemmende med hensynet om behovet for en forsvarlig konkursbehandling. U 2018.2301 H kan have en modstridende virkning, da sikkerhedsstillelsen reduceres med boets aktiver og potentielt reduceres helt pga. et panthavervederlag, således at der ikke er grundlag for en forsvarlig bobehandling. Denne modstridende virkning efter U 2018.2301 H harmonerer ikke med de tidligere overvejelser om at udvide statskassens indeståelse for at styrke muligheden for en forsvarlig bobehandling.

Kurator varetager en række opgaver på vegne af skifteretten og betragtes som skifterettens forlængede arm. Med tiden er kurator blevet tilført et øget antal beføjelser. I den forbindelse er der lagt vægt på, at overdragelse af opgaver til kurator hverken må tilsidesætte retsstillingen for konkursens interessenter eller de offentlige interesser i en konkurs.¹⁷⁸ Omkostninger ved skifterettens arbejde afholdes af statskassen, hvorimod kurators vederlag som udgangspunkt afhænger af boets aktivmasse. En følge af U 2018.2301 H kan blive, at der ikke er midler til at betale kurators vederlag. Kurator kan i så fald undlade at varetage de tillagte beføjelser. Når kurator ikke varetager de tillagte beføjelser, forringes konkursinteressenternes retsstilling, og offentlige interesser tilsidesættes. U 2018.2301 H er derved uoverensstemmende med den anførte hensigt om, at kurators udførelse af bobehandlingen ikke må forringe retsstillinger, og at offentlige interesser ikke må tilsidesættes.

Konkursrådet anbefaler i en udtalelse den 12. juni 2018, at kapitalselskaber under tvangsopløsning ikke bliver opløst på det indledende møde i skifteretten ved en analogi af KL § 143. Årsagen skyldes, at kapitalselskaber i disse tilfælde ikke undergives nærmere undersøgelser af hverken en likvidator eller

¹⁷⁶ Bet. 1459, s. 99.

¹⁷⁷ Bet. 1512, s. 414.

¹⁷⁸ Bet. 1273, s. 20.

en kurator. Det undersøges derfor ikke, om der er foretaget ulovlige dispositioner, om der er grundlag for politimæssig efterforskning, om der er aktiver i form af krav på tilbagebetaling af ydede kapitalejerslån, om der skal indledes en konkurskarantænesag mv. Ved anvendelse af en analogi af KL § 143 er der hermed risiko for, at kapitalselskaber misbruges.¹⁷⁹ Konkursrådet peger på en samfundsmæssig interesse i, at alle insolvente kapitalselskaber under tvangsopløsning skal tages under konkursbehandling, således at kurator kan foretage disse undersøgelser, og der kan indledes en konkurskarantænesag, hvis der er grundlag herfor.¹⁸⁰ Ifølge Konkursrådet skaber dette et større fokus på, om der foreligger misbrug i kapitalselskaber under tvangsopløsning, hvilket kan medføre færre tab for statskassen og kreditorerne.¹⁸¹ Selvom Konkursrådets udtalelse kun vedrører kapitalselskaber under tvangsopløsning i henhold til selskabslovgivningen, kan der drages paralleller mellem udtalelsen og følgerne af U 2018.2301 H. Det skyldes, at konsekvensen af en analog anvendelse af KL § 143 for kapitalselskaber under tvangsopløsning svarer til følgerne af U 2018.2301 H. I begge tilfælde vil skyldner ikke blive undergivet undersøgelser, hvilket forøger de førnævnte risici for misbrug mv. Når Konkursrådet henleder til et større fokus på, at kapitalselskaber under tvangsopløsning undergives visse undersøgelser for at minimere misbrugsrisici mv., så strider følgerne af U 2018.2301 H mod de grundlæggende samfundsøkonomiske interesser, som Konkursrådet ønsker at beskytte.

7.2.5 Sø- og Handelsrettens skifterets beslutning om forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen

Som nævnt i afsnit 2.2.2 har Sø- og Handelsrettens skifteret pr. 1. juni 2017 besluttet at forhøje rekvirentsikkerhedsstillelsen fra kr. 30.000 til kr. 40.000. Forhøjelsen på kr. 10.000 er øremærket til kurators arbejde med de indledende konkurskarantæneundersøgelser.

Det kan overvejes, om der er et modsætningsforhold mellem U 2018.2301 H og beslutningen om forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen eller hensynene bag denne. Det følger først og fremmest af Sø- og Handelsrettens skifterets beslutning, at sikkerhedsstillelsen skal forhøjes, da der dermed vil være flere midler i konkursboet, som kurator kan arbejde for. Ifølge U 2018.2301 H skal sikkerhedsstillelsen dog *reduceres*, herunder med et panthavervederlag, der principielt indgår som et aktiv i konkursboet. Et hensyn bag Sø- og Handelsrettens skifterets beslutning om forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen er, at der altid skal være midler i konkursboet, som kan finansiere kurators arbejde med bestemte opgaver. Et sådant hensyn er helt i tråd med de generelle hensyn bag sikkerhedsstillelse for omkostningerne ved konkursboets behandling.¹⁸² Der kan derfor foreligge et reelt misforhold mellem U 2018.2301 H og hensynene bag Sø- og Handelsrettens skifterets forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen.

¹⁷⁹ Konkursrådets udtalelse den 12. juni 2018, s. 12.

¹⁸⁰ Konkursrådets udtalelse den 12. juni 2018, s. 13 f.

¹⁸¹ Konkursrådets udtalelse den 12. juni 2018, s. 23.

¹⁸² *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 88.

7.2.6 Sammenfatning

Ovennævnte momenter viser, at der er en række konkursretlige formål, hensyn og principper, som er svære at forene med U 2018.2301 H. Såfremt de belyste tilfælde indtræffer, vil disse kunne skabe uhen-sigtsmæssigheder, som momenterne egentlig har til hensigt at forhindre. Der er tale om uhen-sigtsmæs-sigheder, som har betydning for interesserne i en konkursbehandling hos kurator, samfundet, kreditorer og virksomhedspanthaver. Det må derfor sammenfattes, at U 2018.2301 H kan medføre situationer, som det er hensigten og formålet at minimere eller undgå ved en konkursbehandling.

7.3 Perspektivering – U 2018.2301 H

7.3.1 Kurators opgaver

7.3.1.1 Manglende konkursbehandling

Som følge af U 2018.2301 H kan der opstå tilfælde, hvor boets eneste frie aktiv er et panthavervederlag. I så fald opstår en risiko for, at konkursboet ikke har midler til at betale kurators vederlag for det almin-delige boarbejde. Det skyldes, at kurators arbejde med pantsatte aktiver har indbragt et aktiv til boet, som reducerer sikkerhedsstillelsen med dette aktiv. Kurator har pligt til effektivt og hurtigt at behandle boet. Yderligere skal kurator varetage en række forskellige pligter. Kurator kan derfor risikere at skulle træffe et valg mellem at arbejde gratis eller at tilsidesætte sine pligter. Det antages, at kurator ikke kan klandres for, at kurator ikke vil arbejde gratis.¹⁸³ En følge kan blive, at ikke engang de absolut mest nødvendige undersøgelser vil blive varetaget, og boet må derfor straks slutes, jf. KL § 143. Der er imidlertid grænser for, hvor tidligt et konkursbo kan slutes. Det er fx fastslået i praksis, at et bo ikke kan slutes i det retsmøde, hvor der afsiges konkursdekret, jf. U 2011.312. Konkursboet må derfor under alle omstændigheder undergives en forsvarlig bobehandling. En forsvarlig bobehandling kan imidlertid blive besværliggjort, da kurator ikke har pligt til at arbejde gratis. Såfremt boet er uden øvrige frie aktiver end ovennævnte panthavervederlag, og den stillede sikkerhed er reduceret helt som følge af panthavervederlagets størrelse, kan end ikke en forsvarlig konkursbehandling blive udført, da kurator ikke har pligt til at arbejde gratis. Dette kan ikke være hensigtsmæssigt.¹⁸⁴

7.3.1.2 Habilitetskonflikt

Den indledende bobehandling er forbundet med en række boomkostninger. Disse omkostninger kan fx være til bekendtgørelse om konkursen i Statstidende, jf. KL § 109, stk. 1, og registrerings- samt vurde-ringsomkostninger til sagkyndig bistand efter KL § 110, stk. 2. Sådanne omkostninger stemmer overens med sikkerhedsstillelsens formål om at sikre et grundlag for en forsvarlig bobehandling.¹⁸⁵ På dette tidspunkt kan der desuden være usikkerhed om eventuelle aktivers værdi.¹⁸⁶ Er konkursboet uden frie

¹⁸³ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 90.

¹⁸⁴ *Bang-Pedersen m.fl.*: Konkurs, s. 89.

¹⁸⁵ Bet. 1512, s. 428 og Bet. 1459, s. 73.

¹⁸⁶ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 181.

aktiver, risikerer kurator at skulle stille egne midler til boets rådighed, således at de indledende boomkostninger bliver betalt. Kurator har imidlertid ikke pligt til at betale udlæg for boet.¹⁸⁷ Viser det sig efterfølgende, at sikkerhedsstillelsen er reduceret helt som følge af et panthaververdrag, risikerer kurator i sidste ende at skulle afholde førnævnte omkostninger af egen lomme. Hertil er det et krav, at kurator lever op til habilitetsreglerne, jf. KL § 238, stk. 1. Det er overvejet, om kurator kan komme i konflikt med habilitetsreglerne, hvis kurator lægger ud for påløbne boomkostninger.¹⁸⁸ Såfremt det er tilfældet, og kurator ikke alene afholder udlæg, men i sidste ende risikerer at betale indledende boomkostninger, vil en potentiel følge af U 2018.2301 H være, at kurator kan komme i konflikt med habilitetsreglerne, jf. KL § 238.

7.3.1.3 Kurators strafansvar

Kurator kan ifalde et selvstændigt strafansvar efter STRFL § 156, hvis kurator ikke underretter politiet om åbenbare forbrydelser i henhold til KL § 110, stk. 4. Andetsteds er det anført, at kurator ikke kan bebrejdes, at denne afstår fra at afdække strafbare forhold, når der ikke er adgang til at honorere kurator for at afdække disse.¹⁸⁹ Eftersom kurator ikke er forpligtet til at arbejde gratis og alene skal varetage underretningsforpligtelsen som en del af det almindelige boarbejde, må det formodes, at kurator ikke – som en direkte virkning af U 2018.2301 H – kan ifalde selvstændigt strafansvar efter STRFL § 156.

7.3.2 Kreditorernes interesser

7.3.2.1 Omstødellesundersøgelser

Behovet for at en forsvarlig bobehandling bortfalder ikke, selvom et konkursbo er uden frie aktiver og derved skal slutes snarest muligt efter KL § 143, 1. pkt. Der skal derfor være tilstrækkelige midler til at undersøge, om der er grundlag for fx at indlede omstødelssager. Omstødelse af en eller flere dispositioner vil som udgangspunkt forøge boets aktivmasse. En forøgelse heraf kommer kreditorfællesskabet til gode. På den måde medvirker sikkerhedsstillelsen til, at kurator under alle omstændigheder kan foretage indledende og overordnede undersøgelser af, om der er grundlag for mere dybdegående omstødellesundersøgelser.

Med U 2018.2301 H opstår en risiko for, at der ikke er et grundlag for de indledende og overordnede omstødellesundersøgelser. Skal omstødellesundersøgelser i så fald udføres, forudsætter det, at en kreditor vil stille yderligere sikkerhed for disse omstødellesundersøgelser, jf. KL § 143, 2. pkt. Hver enkelt kreditors økonomiske interesse i en konkursbehandling står imidlertid i forhold til størrelsen af kreditors tilgodehavende.¹⁹⁰ Kreditorerne vil dermed kun have interesse i at bidrage til omstødellesundersøgelser,

¹⁸⁷ *Konkurslovskommentaren*, s. 367.

¹⁸⁸ *Paulsen: Insolvensret – konkurs*, s. 279.

¹⁸⁹ *Hansen m.fl.: Insolvensprocesret*, s. 186.

¹⁹⁰ *Bet. 606*, s. 212.

hvis der er udsigt til større fyldestgørelse. I konkursboer hvor samtlige eller langt hovedparten af skyldners aktiver er pantsatte, begrænser panterettigheder ofte de simple kreditorers mulighed for at opnå dividende. Såfremt selv de mest indledende og overordnede omstødelhedsundersøgelser skal finansieres af supplerende sikkerhedsstillelse efter KL § 143, 2. pkt., vil de simple kreditorer formodentligt sjældent bidrage til disse undersøgelser, da undersøgelserne givetvis ikke står mål med de simple kreditorers udsigt til fyldestgørelse.

Hvis udsigten til omstødelse virker fjern, vil det ofte være svært at opnå supplerende sikkerhedsstillelse fra kreditorerne. I tilfælde af at kurator – som følge af U 2018.2301 H – undlader at udføre omstødelhedsundersøgelser i et konkursbo, kan afgørelsen få betydning for ufyldstgjorte kreditorer. Der kan fx forekomme konkursboer, hvor potentielle undersøgelser reelt vil resultere i omstødelse. I så fald vil retstilstanden medføre en lavere fyldestgørelse til kreditorfællesskabet. Er en kreditorforykkende disposition ikke blevet omstødt på grund af manglende omstødelhedsundersøgelser, vil en kreditor blive begunstiget på bekostning af de øvrige kreditorer. Eftersom denne kreditorforykkende disposition ikke er blevet undersøgt og omstødt, vil en yderligere følge være, at retsstillingen udfordrer det konkursretlige princip om ligelig fyldestgørelse af skyldners kreditorer.

7.3.2.2 Virksomhedspantets aggressivitet i relation til omstødelse

En forøget og konkret risiko for kreditorforykkende dispositioner kan desuden indtræde, når skyldner har underpantsat en stor del af sine aktiver i form af reglerne om virksomhedspant. Et virksomhedspant kan gribe hovedparten af en skyldners aktiver, hvorved den frie aktivmasse – som skal anvendes til betaling af omkostningerne ved boets behandling, jf. KL § 93, nr. 2 – kan være så lav, at der ikke er grundlag for at udføre en forsvarlig bobehandling. Forøger virksomhedspanthaver sit pant med aktiver senere end tre måneder før fristdagen, kan en nettoforøgelse omstødes, medmindre nettoforøgelsen fremtrådte som ordinær, jf. KL § 70 a. Når der ikke er grundlag for at foretage omstødelhedsundersøgelser, vil virksomhedspanthaver i princippet kunne slippe afsted med at foretage kreditorforykkende dispositioner, som reelt er omstødelige efter KL § 70 a. En virksomhedspanthaver, som har tinglyst sit pant senest tre måneder før fristdagen, vil kunne lukrere på, at pantet nu dækker samtlige eller langt hovedparten af skyldners aktiver, da der på den måde ikke længere er frie aktiver til brug for en forsvarlig konkursbehandling. Som led i indførelsen af virksomhedspantet, blev det anbefalet, at konkurslovens omstødelhedsregler blev ændret, således at reglerne i højere grad harmonerer med den nye finansieringsform.¹⁹¹ I overensstemmelse hermed blev KL § 70 a indført. Selvom omstødelhedsreglerne er blevet tilpasset til nutidens finansieringsformer ved indførelse af KL § 70 a, kan noget tyde på, at udmåling af sikkerhedsstillelsen efter U 2018.2301 H ikke harmonerer med nutidens finansieringsformer, da nutidens finansieringsformer griber store dele af en skyldners aktiver. Dermed risikerer de tilpassede

¹⁹¹ Notat afgivet af Konkursrådet den 7. april 2003, s. 29.

omstødsregler at blive illusoriske, hvis der ikke er et økonomisk grundlag for at vurdere, om reglerne reelt er aktuelle i det enkelte bo.

7.3.2.3 Manglende sikring og registrering af boets aktiver

I tilknytning til afsigelse af et konkursdekret skal kurator foretage en række forskelligartede dispositioner.¹⁹² Heriblandt skal kurator sørge for at registrere og sikre boets aktiver efter KL § 110, stk. 2, således at fx risikoen for kreditorly minimeres. I skyldnerselskaber skal kurator deslige undersøge, om der foreligger aktiver i form af krav på tilbagebetaling af ydede kapitalejerlån, som skal tilbagebetales, jf. SL §§ 210-215. Når der ikke er midler til at underkaste boet en forsvarlig konkursbehandling, kan en potentiel følge blive, at kurator ikke får sikret og registreret samtlige af de aktiver, som er omfattet af boets aktivmasse. Ifølge KL § 38 skal boets aktiver anvendes til at fyldestgøre skyldners kreditorer. Kan der opstå risiko for, at hele eller dele af boets aktiver ikke bliver registreret og sikret, kan tilsidesættelse resultere i en mindre aktivmasse. En mindre aktivmasse vil bevirke færre midler til fordeling blandt kreditorerne. Dette er i strid med konkursens formål om, at kreditorerne skal have den bedst mulige fyldestgørelse.

7.3.2.4 Tredjemandsaktiver

Kurator har pligt til at vurdere påstande om, at aktiver i boets varetægt tilhører tredjemand. Disse krav betegnes som separatistkrav. Er påstande herom berettiget, skal aktiverne udleveres til de berettigede, jf. KL § 82. Når der imidlertid ikke er midler til at underkaste boet en forsvarlig bobehandling, kan en følge blive, at kurator ikke fordringsprøver påståede separatistkrav. Hermed er der risiko for, at aktiver uberettiget og uden nærmere undersøgelse bliver afhentet eller udleveret til tredjemand. Dette vil formindske boets aktivmasse, således at der er færre midler til fyldestgørelse af kreditorerne.

7.3.3 Samfundets interesser i en konkursbehandling

Det offentlige har sædvanligvis kun en meget begrænset interesse i en konkursbehandling. Det offentlige interesse knytter sig hovedsagligt til at få afdækket strafbare handlinger, få stoppet gældsforøgelser til det offentlige og at få slettet inaktive juridiske personer.¹⁹³

7.3.3.1 Manglende politimæssig efterforskning

En følge af U 2018.2301 H er, at der i visse tilfælde ikke er tilstrækkeligt med aktiver til at finansiere en forsvarlig konkursbehandling. Kurator har, som led i den almindelige bobehandling, pligt til at underrette politiet, hvis der er grundlag for politimæssig efterforskning mod skyldner eller andre, jf. KL § 110, stk. 4. Kurator ønsker naturligvis betaling for sit arbejde. Eftersom kurator ikke kan pålægges at

¹⁹² ET 2016.79 f.

¹⁹³ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 186 f.

arbejde gratis, opstår en risiko for, at kurator ikke afdækker strafbare forhold, som politiet bør orienteres om. Retsstillingen kan derved medføre, at strafbare handlinger ikke efterforskes, fordi politiet ikke bliver underrettet herom.

7.3.3.2 Forøget risiko for misbrug

Som nævnt i afsnit 2.3.3 er der i konkursloven indført regler om konkurskarantæne. Kurator har en personlig pligt til at indstille til, om der er grundlag for at indlede en konkurskarantænesag mod nogen, som har deltaget i ledelsen af skyldners virksomhed. De indledende konkurskarantæneundersøgelser er omfattet af kurators pligter og indgår i den almindelige fastsættelse af kurators vederlag, jf. KL § 239, som betales af boets midler og evt. af sikkerhedsstillelsen.¹⁹⁴ På samme vis skal kurator vurdere, om ledelsen har pådraget sig et ledelsesansvar ud fra de almindelige erstatningsbetingelser, og om ledelsen kan idømmes et strafansvar grundet overtrædelse af skatte- og afgiftslovgivningen.¹⁹⁵ Er der imidlertid ikke grundlag for en forsvarlig bobehandling, vil der hverken være grundlag for indledende konkurskarantæneundersøgelser eller at vurdere et potentielt ledelsesansvar.

Er der ikke midler til at foretage indledende undersøgelser angående konkurskarantæne og ledelsesansvar, svækker retsstillingen alt andet lige reglernes præventive effekt. Personer, som har flere konkurser bag sig ved misbrug og udnyttelse af regler om virksomhedsdrift i selskabsform med begrænset hæftelse, kan få adgang til udøve groft uforsvarlig forretningsførelse. I et moderne handelsliv er det nødvendigt, at kontrahenter kan have tillid til, at medkontrahenter opfylder aftalte forpligtelser. Hver aftalpart må vide, at aftaler skal opfyldes, og at retssystemet står til rådighed, således at opfyldelse af de enkelte forpligtelser fastholdes.¹⁹⁶ Kan personer uden risiko for retsforfølgning imidlertid misbruge og udnytte regler om virksomhedsdrift, vil de enkelte kreditorer som udgangspunkt lide større tab på sådanne skyldnerselskaber. Den manglende iagttagelse af en forsvarlig bobehandling vil alt andet lige svække den førnævnte tillid, som kontrahenterne må have til handelslivet. Har en kontrahent mindre tillid til sine medkontrahenter, vil denne formentlig i højere grad afdække sine risici ved forskellige sikkerhedsformer eller ved at mindske kreditfaciliteter og -tid. Såfremt erhvervslivet i højere grad træffer en række yderligere foranstaltninger i forsøget på at minimere tabsrisici, vil dette alt andet lige forøge handelsomkostninger. Forøgede handelsomkostninger og mindre tillid i samhandlen vil som udgangspunkt kunne få samfundsøkonomisk betydning.

¹⁹⁴ Bet. 1525, s. 132.

¹⁹⁵ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 132 ff.

¹⁹⁶ *Andersen*: Aftaler og mellemænd, s. 17 f.

7.3.3.3 Risiko for færre skatteindtægter

Bliver konkursboet ikke taget under en forsvarlig bobehandling, kan en yderligere følge blive, at statskassen må finansiere omkostninger ved boets behandling med henblik på at afdække uredelige forhold. Udføres en forsvarlig bobehandling ikke, vil det fx kunne medføre manglende afklaring af, om en skyldner mangler at afregne skat, moms og afgifter. I forlængelse hertil kan skyldner fx have overtrådt STRFL § 289, stk. 1, hvis skyldner i særlig grov karakter har overtrådt bl.a. skatte- og afgiftslovgivningen. Som nævnt i afsnit 7.3.2.3 medfører en manglende konkursbehandling, at kurator ikke afklarer, om et konkursramt selskab besidder aktiver i form af krav på tilbagebetaling af ydede kapitalejerlån. En afledt samfundsmæssig følge er færre skatteindtægter, da det ikke afklares, om kapitalejerne er blevet retmæssigt beskattet, jf. ligningslovens (LL) § 16 E. Lignende gør sig gældende for maskeret udbytte efter LL § 16 A.

7.3.3.4 Skifterettens konkursbehandling

I udkastet til konkursloven foreslog betænkningsudvalget, at der blev bevaret en bestemmelse om, at skifteretten behandler konkursboer, hvis der ikke vælges en kurator.¹⁹⁷ Med risiko for at konkursboer, ikke kan tages under en forsvarlig bobehandling, vil en potentiel virkning blive, at skifteretten fremadrettet må varetage konkursbehandlingen for sådanne boer. Ifølge KL § 124, stk. 1 skal kurator fx straks, når der er afsagt et konkursdekret, give meddelelse herom til virksomhedspanthavere. Er der ikke udpeget en kurator, påhviler denne opgave på nuværende tidspunkt skifteretten.¹⁹⁸ I et samfundsperspektiv vil fordelene ved skifterettens bestyrelse formentlig være, at skyldner i hvert fald tages under en vis form for bobehandling, hvor uredelige forhold mv. kan blive belyst. Omvendt vil skifterettens konkursbehandling påføre samfundet øgede omkostninger, da bobehandlingen på nuværende tidspunkt som udgangspunkt sker for skyldners midler på bekostning af kreditorerne og evt. sikkerhedsstillelsen.

7.3.3.5 Risiko for et øget antal tvangsopløsninger

Hvis et insolvent kapitalsselskab ikke har midler til at gennemføre en konkursbehandling, ses det til tider, at kapitalsselskabets ledelse fratræder og underretter Erhvervsstyrelsen herom. Hermed fremprovokerer kapitalsselskabet en beslutning om tvangsopløsning fra Erhvervsstyrelsen, jf. SL §§ 225 og 226.¹⁹⁹ Dernæst afgør skifteretten, om opløsning skal gennemføres efter selskabsloven eller konkursloven, hvilket afhænger af, om kapitalsselskabet er henholdsvis solvent eller insolvent. Er der ikke er midler til at foretage en forsvarlig bobehandling kan en følge muligvis blive, at flere insolvente kapitalsselskaber i stedet opløses ved konkursbehandling, efter der er truffet beslutning om tvangsopløsning, jf. SL §§ 225 og 226. Er kapitalsselskabet insolvent og uden aktiver, har der i årevis været praksis for, at skifteretten

¹⁹⁷ Bet. 606, s. 20 og 204 f.

¹⁹⁸ Bet. 1459, s. 186.

¹⁹⁹ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 391.

opløser kapitalselskabet efter en analogi af KL § 143, hvorved et kapitalselskab opløses uden forudgående udlevering til hverken likvidator eller konkursbehandling. Skifteretten bør dog være tilbageholdende med denne fremgangsmåde. Det skyldes, at skifteretten ved en selskabsopløsning efter en analogi af KL § 143 ikke undersøger, om der fx er sket ulovlige dispositioner, eller om der er behov for politimæssig efterforskning. Deslige afskæres muligheden for at indlede en konkurskarantænesag, da reglerne herom kun finder anvendelse i konkurs, jf. KL § 157, stk. 1.²⁰⁰ De manglende undersøgelser forøger dermed risikoen for misbrug.²⁰¹ Et insolvent kapitalselskab uden aktiver bør i stedet tages under en egentlig konkursbehandling.²⁰² Det er statskassen, som vil komme til at afholde de øgede omkostninger ved undersøgelse af disse kapitalselskaber og indestå for omkostningerne ved den efterfølgende konkursbehandling.²⁰³ I betækningsarbejde er der argumenteret for, at det vil medføre en økonomisk besparelse, hvis udgifter ved en forudgående tvangsopløsning undgås, og skyldnerselskaber i stedet tages direkte under konkursbehandling.²⁰⁴ Selvom en beslutning om tvangsopløsning kan være forbundet med en række yderligere omkostninger for statskassen, er der til gengæld den samfundsmæssige fordel, at skifteretten foretager indledende handlinger for at vurdere, om kapitalselskabet er solvent eller insolvent. Her er fast praksis, at skifteretten bl.a. afhører skyldnerselskabets ledelse, jf. SL § 229, stk. 2 og 3, U 2006.1920 og U 2007.1435. Disse handlinger kan tilvejebringe grundlag for yderligere undersøgelser af mistænkelige forhold, som fx strafbare og omstødelige forhold, hvilket kan bevare den præventive effekt, som ellers risikerer at bortfalde som følge af U 2018.2301 H. Disse indledende handlinger ændrer ikke på, at opløsning kan ske ved efterfølgende konkursbehandling, hvor sikkerhedsstillelsen efter KL § 27 reduceres med boets aktiver. Derimod vil skifterettens forudgående behandling måske kunne bevirke, at kreditorerne vil stille supplerende sikkerhed efter KL § 143, 2. pkt. eller føre en omstødelsessag på egen hånd, jf. KL § 137, da skifterettens arbejde kan have belyst forhold, hvorved omstødelse er nærliggende.

7.3.4 Sø- og Handelsrettens skifterets forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen

Som nævnt i afsnit 2.2.2 har Sø- og Handelsrettens skifteret pr. 1. juni 2017 besluttet at forhøje rekvirentsikkerhedsstillelsen fra kr. 30.000 til kr. 40.000. Forhøjelsen på kr. 10.000 er øremærket til kurators arbejde med de indledende konkurskarantæneundersøgelser.

Forhøjelsen er med til at sikre, at kurator altid kan foretage bestemte opgaver. Dog følger det modsat af U 2018.2301 H, at sikkerhedsstillelsen skal reduceres med panthvervederlag, som indgår som aktiver i konkursboet som følge af kurators realisering af de pantsatte aktiver. Der risikeres dermed tillige at

²⁰⁰ Bet. 1525, s. 87.

²⁰¹ Konkursrådets udtalelse den 12. juni 2018, s. 12 ff.

²⁰² Hansen m.fl.: Insolvensprocesret, s. 408 f., *Konkurslovscommentaren*, s. 868 f. og Bet. 1525, s. 87 ff.

²⁰³ Konkursrådets udtalelse den 12. juni 2018, s. 23 f.

²⁰⁴ Bet. 1512, s. 413.

forekomme tilfælde, hvor der som aktiver i konkursboet indgår panthavervederlag, der reducerer sikkerhedsstillelsen, herunder også forhøjelsen, til kr. 0. Dermed kan det reelt blive en følge af U 2018.2301 H, at Sø- og Handelsrettens skifterets beslutning om forhøjelse af rekvirentsikkerhedsstillelsen bliver illusorisk.

7.3.5 Kurators mulige erstatningsansvar

Hvervet som kurator er personligt, og kurator kan i den anledning påføre sig et personligt erstatningsansvar uden for kontraktforhold. De almindelige erstatningsbetingelser i form af tab, ansvarsgrundlag, kausalitet og adækvans skal være opfyldt.²⁰⁵ Kurators ansvarsgrundlag er som udgangspunkt et culpaansvar, men kurator er oftest advokat. I så fald er kurator – foruden god advokatskik – underlagt et professionsansvar efter den almindelige culpanorm, som gælder for advokater.²⁰⁶ Ansvarsgrundlaget bedømmes dermed som et skærpet culpaansvar ud fra advokatfagets standarder. Ofte arbejder kurator dog med korte tidsfrister, hvorfor der vil være et vist råderum, før et erstatningsansvar indtræder.²⁰⁷ Foruden ansvar for egne handlinger hæfter kurator også for de skadevoldende handlinger, som kurators ansatte pådrager sig som led i arbejdets udførelse, jf. DL 3-19-2 og U 1990.897 H.

I praksis skyldes kurators erstatningsansvar ofte fejl og forsømmelser under konkursbehandlingen.²⁰⁸ Det vil sige, at kurator kun er erstatningsansvarlig, hvis der er noget at bebrejde kurator.²⁰⁹ Som en beskrevet følge af U 2018.2301 H under 7.3.2.4 kan der fx opstå risiko for, at kurator udleverer boets aktiver til tredjemand, hvis der ikke er grundlag for at prøve påståede separatistkrav, jf. KL § 82. Fra praksis kan nævnes U 1964.507 H, hvor kurator netop ifaldt erstatningsansvar for uberettiget at udlevere påståede tredjemandsaktiver.

I U 1964.507 H påstod tredjemand at have indgået aftale med skyldner om køb af aktiver, der ikke var omfattet af boets aktivmasse. Kurator udleverede pågældende aktiver til tredjemand, selvom kurator hverken havde opnået skyldners eller dennes befuldmægtigedes samtykke hertil. Tredjemand havde imidlertid ikke et berettiget krav. Da kurator havde udleveret aktiverne uden at prøve kravets berettigelse, havde kurator ikke udvist den fornødne agtpågivenhed, hvorfor kurator var erstatningsansvarlig for skyldners lidte tab.

Kurator handlede culpøst ved ikke nærmere at undersøge, om tredjemand reelt var berettiget til de påståede aktiver. Der er endvidere set eksempler på, at kurator ifalder erstatningsansvar for ikke at lægge en omstødelsessag rettidigt, jf. bl.a. U 1990.492. I tilknytning hertil er spørgsmålet, om kurator

²⁰⁵ ET 2016.79 ff. og *Konkurslovskomentaren*, s. 788 f.

²⁰⁶ ET 2016.79 ff.

²⁰⁷ *Paulsen*: Insolvensret – konkurs, s. 804 ff., ET 2010.3 ff. og ET 2016.79 ff.

²⁰⁸ *Paulsen*: Insolvensret – konkurs, s. 805 f.

²⁰⁹ *Konkurslovskomentaren*, s. 788.

– som følge af retstilstanden efter U 2018.2301 H – risikerer at ifalde erstatningsansvar for at slutte bobehandlingen, såfremt der ikke er grundlag for at udføre en forsvarlig bobehandling.

Kurator er ikke forpligtet til at arbejde gratis.²¹⁰ Såfremt der ikke er tilstrækkelige midler i konkursboet til finansiering af yderligere arbejde, kan kurator ikke bebrejdes ikke at udføre yderligere opgaver.²¹¹ Endvidere kan kurator alene gøres erstatningsansvarlig for fejl og forsømmelse, såfremt der er noget at bebrejde kurator.²¹² Såfremt det således viser sig, at konkursboets midler ikke er tilstrækkelige til finansiering af yderligere arbejde, må det således antages, at kurator som minimum i hvert fald er berettiget til at lade konkursboet slutte i medfør af KL § 143. Kurator kan endvidere blive erstatningsansvarlig, såfremt konkursboet bliver insolvent på massekravsniveau ved ikke at kunne dække samtlige af konkursboets massekrav, jf. eksempelvis U 2016.1995.²¹³

I U 2016.1995 anlagde kurator på konkursboets vegne sag mod en bank. Konkursboet tabte sagen og blev pålagt at betale sagsomkostninger til banken. Kurator havde ikke sikret sig, at der i konkursboet var tilstrækkelige midler til dækning af bankens sagsomkostninger, der var et § 93-krav. Kurator havde derfor pådraget sig erstatningsansvar.

Såfremt det viser sig, at konkursboets midler og den stillede sikkerhed ikke er tilstrækkelige til finansiering af yderligere bobehandling, vil resultatet således være det samme, hvis kurator alligevel vælger at fortsætte bobehandling og dermed ikke iagttager KL § 143. Derved vil konkursboet netop også blive insolvent på massekravsniveau. På baggrund heraf må det således slutes, at KL § 143 tillige anfører en pligt for kurator, idet kurator således kan drages til ansvar, såfremt konkursboet bliver insolvent på massekravsniveau. Herfor taler tillige ordlyden af KL § 143, hvoraf det som sådan ikke fremgår, at der alene skulle være en mulighed for, at kurator kan slutte konkursboet under de i bestemmelsen anførte betingelser. Det fremgår derimod blot – og nærmest obligatorisk – at konkursboet slutes, såfremt konkursboets midler og den efter KL § 27 stillede sikkerhed viser sig ikke at være tilstrækkelige til dækning af yderligere omkostninger ved konkursboets behandling. Såfremt kurator fortsætter bobehandling, uanset at det har vist sig, at konkursboets midler og sikkerhedsstillelsen ikke er tilstrækkelige til finansiering heraf, skal kurator reelt selv afholde omkostningerne ved konkursboets behandling. Dermed risikerer kurator at komme i konflikt med de i KL § 238, stk. 1 anførte habilitetskrav.²¹⁴ At kurator har pligt til at lade konkursboet slutte i medfør af KL § 143, i tilfælde af, at boets midler og sikkerhedsstillelsen ikke er tilstrækkelige til finansiering af yderligere bobehandling, har således tillige støtte heri. KL § 143 må derfor angive en pligt for kurator.²¹⁵

²¹⁰ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 90.

²¹¹ *Hansen m.fl.*: Insolvensprocesret, s. 186.

²¹² *Konkurslovskommentaren*, s. 788.

²¹³ *Konkurslovskommentaren*, s. 788.

²¹⁴ *Paulsen*: Insolvensret – konkurs, s. 279.

²¹⁵ *Schiøtz m.fl.*: Konkursprocessen, s. 135 og Adv 1986.105 f.

En følge af retstilstanden efter U 2018.2301 H må være, at tidspunktet, hvor konkursboet skal slutes i medfør af KL § 143, fremrykkes. Dette skyldes, at de samlede midler, herunder sikkerhedsstillelsen, der skal finansiere bobehandlingen, i nogle tilfælde reelt slipper tidligere op, idet sikkerhedsstillelsen også skal reduceres med eventuelle panthaververderlag. Idet KL § 143 må antages at anføre en pligt for kurator, må det antages, at det ikke kan bebrejdes kurator, at konkursboet slutes efter KL § 143 på et tidligere tidspunkt end hidtil. Kurator kan således ikke ifalde erstatningsansvar ved blot at opfylde sin pligt ved at lade boet slutte i medfør af KL § 143, såfremt betingelserne er opfyldt.

Det må sammenfattes, at kurator kan ifalde erstatningsansvar i henhold til de almindelige erstatningsretlige betingelser. Dermed skal kurator eller dennes ansatte have udvist culpa, som dog – i kurators egenskab af at være advokat – oftest vil være et skærpet professionsansvar. Kurator skal med andre ord kunne bebrejdes et forhold, før kurator kan ifalde ansvar. Eftersom kurator ikke kan bebrejdes, at et konkursbo slutes, når boets midler og sikkerhedsstillelsen ikke er tilstrækkelige til at dække yderligere omkostninger, handler kurator i så fald ikke culpøst. I disse tilfælde er kurator derimod forpligtet til netop at slutte boet, da kurator alternativt risikerer at påføre sig et erstatningsansvar, hvis boet ikke kan dække omkostningerne på massekravniveau, jf. U 2016.1995.

Det må derfor slutes, at kurator ikke ifalder erstatningsansvar, hvis kurator vælger at slutte boet, så snart betingelserne herfor i KL § 143 er opfyldt, selvom kurator derved ikke varetager en forsvarlig bobehandling. Retsstillingen efter U 2018.2301 H medfører derfor alene, at tidspunktet, hvor kurator har pligt til at slutte boet i medfør af KL § 143, bliver fremrykket.

7.3.6 Sammenfatning

U 2018.2301 H medfører en række negative følger. Retstilstanden efter U 2018.2301 H kan først og fremmest medføre, at der kan forekomme tilfælde, hvor der reelt ikke er tilstrækkelige midler til at foretage almindeligt boarbejde, herunder omstødningsundersøgelser, konkurskarantæneundersøgelser mv. Der kan således forekomme tilfælde, hvor kurator ikke har midler til at opfylde sine pligter efter konkursloven. Dette kan dog ikke i sig selv medføre, at kurator bliver erstatningsansvarlig for manglende opfyldelse heraf, såfremt kurator lader boet slutte i medfør af KL § 143. En konsekvens af retstilstanden vil i nogle tilfælde reelt blot blive, at dette tidspunkt fremrykkes.

Manglende opfyldelse af visse af kurators pligter efter konkursloven harmonerer ikke med samfundets interesser i en konkursbehandling. Dette gælder for afdækning af strafbare forhold og undersøgelser af, om der er grundlag for at indlede sag om konkurskarantæne. Såfremt der ikke er midler til, at kurator kan foretage sådanne opgaver, svækkes reglernes præventive effekt og reglerne risikerer således reelt at blive illusoriske. Derved forøges misbrugsfaren. Idet sikkerhedsstillelsen ifølge U 2018.2301 H skal

reduceres med et pantavervederlag, kan en følge af retstilstanden herefter tillige være, at Sø- og Handelsrettens skifterets beslutning om forhøjelse af konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse reelt bliver illusorisk.

8. Konklusion

Formålet med undersøgelsen er at klarlægge, hvordan sikkerhedsstillelsen efter KL § 27 skal karakteriseres kautionsretligt, og hvorvidt reglerne om sikkerhedsstillelse – som reglerne er udformet og fuldt i retspraksis – er i overensstemmelse med reglernes bagvedliggende og grundlæggende formål og hensyn.

Når sikkerhedsstillelsen karakteriseres kautionsretligt, er omfanget overordnet at betegne som en begrænset hæftelse. Den begrænsede hæftelse er løbende udmålt på forskellig vis. Det skyldes, at der er afgørelser, hvor sikkerhedsstillelsen udmåles som en beløbsbegrænset kaution og i andre afgørelser som en delkaution. Retstilstanden har derfor hidtil været uklar. Højesterets afgørelse i U 2018.2301 H fastslår imidlertid, at sikkerhedsstillelsen står til sikkerhed for de første omkostninger, og at sikkerheden reduceres med værdien af boets frie aktiver. På den måde omfatter den stillede sikkerhed den rangsidste del af omkostningerne ved boets behandling, som skal afvikles først. Den stillede sikkerhed er derfor fuldstændig for en bestemt del af omkostningerne, hvilket kautionsretligt karakteriseres som en delkaution. Når en virksomhedspanthaver stiller subsidiær sikkerhed, er den principale sikkerhedsstillelse derimod at karakterisere som en beløbsbegrænset kaution. Derudover har den principale sikkerhedsstillelse lighedstræk med en delkaution, idet den principale sikkerhedsstillelse står til sikkerhed for den rangsidste del af omkostningerne, som svarer til den samlede sikkerhedsstillelse. Da den principale sikkerhedsstillelse samtidig er beløbsbegrænset, er den dog ikke fuldstændig for en bestemt del af hovedfordringen, hvilket ellers kendetegner en delkaution. Den principale sikkerhedsstillelse vil altid dække forud for virksomhedspanthaver for de først påløbne omkostninger, der beløbsmæssigt svarer til den principale sikkerhedsstillelse. Derfor er virksomhedspanthavers sikkerhedsstillelse at karakterisere som en delkaution i intervallet mellem det rangsidste beløb, der svarer til den principale sikkerhedsstillelse og det rangsidste beløb, der svarer til den samlede sikkerhedsstillelse.

For så vidt angår ydelsestidens indtræden kan det udledes af U 2012.2185/1, FM 2016.268 og U 2018.2301 H, at sikkerhedsstillelsens ydelsestid indtræder på det tidspunkt, hvor boets aktivmasse ikke længere er tilstrækkelig til at dække yderligere omkostninger ved boets behandling. Ydelsestiden indtræder derfor på tidspunktet, hvor det kan dokumenteres, at § 93, nr. 2-kreditorerne ikke ved udtømmende retsforfølgning eller på anden tilsvarende sikker vis kan opnå betaling for hovedfordringen mod boet. Derfor – og da det er hovedfordringen, der er sikkerhedsstillelsens genstand – er sikkerhedsstillelsen at betegne som en simpel kaution.

Sikkerhedsstillelsen har til formål at tilvejebringe et økonomisk grundlag for, at en række nødvendige opgaver kan blive udført af konkursboets kurator. En betegnelse for de nødvendige opgaver er, at der skal varetages en forsvarlig bobehandling. Et virksomhedspant kan potentielt omfatte alle skyldners

aktiver, således at der ikke er grundlag for en forsvarlig bobehandling. Virksomhedspanthaver skal derfor stille subsidiær sikkerhed ved virksomhedspantsetters konkurs. Dette er en begrænsning af virksomhedspantet.

Det er dog hverken i strid med rimeligheds- og hæderlighedsregler eller god skik-regler, såfremt virksomhedspanthaver og et virksomhedspantsettende kapitalselskabs ejer indgår aftale om, at ejeren indstår for at friholde virksomhedspanthaver for den potentielle sikkerhedsstillelse, som følger af KL § 27, stk. 4 og 5. Denne lovlige aftale kan reelt bevirke, at den tilsigtede begrænsning af virksomhedspantet bliver illusorisk. En sådan aftale frigør dog ikke virksomhedspanthaver fra sin direkte forpligtelse til at stille sikkerhed efter KL § 27, stk. 4.

Undersøgelsen viser endvidere, at sikkerhedsstiller opnår et regreskrav, hvis sikkerhedsstillelsen aktualiseres. Regreskravet anses for stiftet på samme tidspunkt som hovedfordringen. Ifølge et indtrædelsessynspunkt får sikkerhedsstiller endvidere samme ret som kreditor, jf. princippet i GBL § 27. Da hovedfordringen – herunder kurators vederlag – er stiftet efter dekretdagen og er et § 93-krav, anses regreskravet tillige for at være stiftet efter dekretdagen og for at være et § 93-krav. Dette medfører dog nogle uhensigtsmæssigheder ved udarbejdelse af boregnskab.

Retstilstanden har hidtil været uklar i forhold til, hvordan sikkerhedsstillelsen er blevet udformet og fulgt i praksis. I nogle tilfælde er det blevet tilladt at lade sikkerhedsstillelsen flyde oven på bomidlerne som en ekstra finansieringsmulighed for kurator, jf. bl.a. U 2015.3800. I andre tilfælde er sikkerhedsstillelsen blevet reduceret med boets frie aktivmasse, jf. bl.a. U 2012.2185/1 og FM 2016.268. Med U 2018.2301 H er det imidlertid fastslået, at sikkerhedsstillelsen skal reduceres med boets frie aktivmasse. Sikkerhedsstillelsen dækker således kun, i det omfang boets aktiver ikke svarer hertil. Dette stemmer overens med sikkerhedsstillelsens formål, som ikke kun er at yde kurator en underskudsdækning, men derimod at sikre et grundlag for en forsvarlig bobehandling.

I U 2018.2301 H fastslås det yderligere, at et panthavervederlag indgår som et frit aktiv i boet, hvorved sikkerhedsstillelsen reduceres med dette aktiv. Alene pga. et aktiv i form af et panthavervederlag kan sikkerhedsstillelsen dermed reduceres helt, selvom panthavervederlaget egentlig modsvarer kurators arbejde med pantet. Er der ikke øvrige frie aktiver i boet, vil der i værste fald ikke være midler til at udføre en forsvarlig bobehandling.

Er der ikke grundlag for at udføre en forsvarlig bobehandling, vil en sådan retstilstand være svær at forene med en række belyste konkursretlige formål, hensyn og principper. Dette vedrører bl.a. virksomhedspantets systematik, kurators habilitet, kreditorernes interesse i potentiel omstødelse, samfundets

behov for at afdække strafbare forhold og ønsket om en øremærket sikkerhedsstillelse til konkurskarantæneundersøgelser.

Såfremt der ikke varetages en forsvarlig bobehandling, vil den nuværende retstilstand have en række følgevirkninger. En manglende eller mangelfuld bobehandling vil have en afsmittende og negativ indvirkning på kreditorernes fyldestgørelse, da der fx hverken vil være grundlag for sikring af boets aktivmasse eller grundlag for at foretage omstødsundersøgelser. Ligeledes vil uredelige forhold ikke blive afdækket, og kurator foretager ingen konkurskarantæneundersøgelser. Dermed vil de samfundsmæssige interesser i en konkursbehandling ikke blive iagttaget. Den nugældende retstilstand kan samlet set medføre, at den præventive effekt, som sikkerhedsstillelsen har til formål og hensigt at sikre, forsvinder.

Sammenfattende medfører sikkerhedsstillelsens udformning og den gældende retstilstand, at der kan forekomme konkursboer, hvor der ikke er økonomisk grundlag for at udføre en forsvarlig bobehandling. Da det grundlæggende formål og hensyn bag sikkerhedsstillelsen er at sikre en forsvarlig bobehandling, må det konkluderes, at den måde som reglerne i KL § 27 er udformet på og er fulgt i retspraksis, ikke i alle sammenhænge stemmer overens med reglernes bagvedliggende formål og hensyn.

9. Abstract

This master's thesis concerns security for the costs incidental to administering bankruptcy estates ("the security"). The purpose of the project is to define the security in a guarantee perspective, and to investigate whether there is accordance between the rules – as they are formed and processed in case law – and the purposes behind the rules.

The overall purpose of the rules is to secure that an estate in bankruptcy can be subject to a proper estate administration. Therefore, the security has to make sure that the bankruptcy trustee can perform a number of assignments.

The security by the party having filed the petition and the Treasury is to be characterized as a guarantee for the rank last amount equivalent to the total security. Furthermore, the security is amount limited within the range of the total security if the floating charge holder has provided supplementary security. In that case, the security by the party having filed the petition and the Treasury is also to be characterized as an amount limited guarantee equivalent to the limited amount. Further, the security by the holder of the floating charge is to be characterized as a guarantee within the range from a rank last amount equivalent to the security by the party having filed the petition or the Treasury to a rank last amount equivalent to the total security.

The security from both the party having filed the petition, the Treasury and the holder of the floating charge gain relevance when the bankruptcy trustee concludes that the funds of the estate in bankruptcy are not sufficient to cover further costs. Therefore, the security is moreover to be characterized as a guarantee under which the obligation of the guarantor occurs when it is proven to be impossible to get payment from the debtor.

The security provider has a claim of contribution against the estate in bankruptcy. The claim of contribution of the holder of the floating charge can't be invoked against a third party who previously has made an all-moneys clause to the holder of the floating charge. Instead, the holder of the floating charge can sign a separate agreement with the third party according to which the third party declare to provide security for the amount that the holder of the floating charge must be obligated to provide if the holder of the floating charge is in bankruptcy proceedings. Such an agreement is characterized as a counter security, and there is nothing to prevent such agreement.

Lastly, it can be concluded that there are factors, inconsistent with the result of case law from the Supreme Court of Denmark (U 2018.2301 H), including the regards of floating charge, different interests in bankruptcy etc. Furthermore, the result has some negative consequences, including that it may not

be possible for the bankruptcy trustee to fulfil all duties. Overall, the rules are not completely conforming with the purposes behind.

10. Litteraturliste

Afgørelser:

U 1964.507 H

U 1981.543

U 1981.922

U 1983.739 B

U 1990.492

U 1990.897 H

U 1991.330/2 H

U 1996.120 SH

U 1996.1653 H

U 2001.1011 H

U 2003.23 H

U 2006.1920

U 2007.1435

U 2007.1988

U 2009.2055

U 2010.1436 H

U 2011.312

U 2012.2185/1

Sø- og Handelsrettens skifteret den 11. marts 2014 sag K147/14-L (Bilag 1)

Sø- og Handelsrettens skifteret den 22. september 2014 sag K1030/14-M (Bilag 1)

Skifteretten i Hillerød den 1. juli 2015 sag SKS3-256/2015 (Bilag 1)

U 2015.3800

Sø- og Handelsrettens skifteret den 26. maj 2016 sag K812/14-L (Bilag 1)

FM 2016.268

U 2016.1995

U 2017.227

U 2018.2301 H

Sø- og Handelsrettens skifteret den 4. oktober 2018 sag K2556/18-A (Bilag 1)

Artikler:

Anker Andersen, Jens: Mere om konkursboers og kuratorers handlepligter (Adv 1986.105)

Anker Andersen, Jens: Må konkursrekvirentens sikkerhedsstillelse anvendes som driftskapital? – Kan der fastsættes en frist til at stille sikkerhed? (FM 1983.103)

Bigaard, Pernille og Grevit Eriksen, Victoria: Kurators ansvar (ET 2016.79)

Bønsing, Sten: God skik-regler – hvem bestemmer indholdet? (U 2004B.1)

Engberg, Hans: Konkurslovens § 87 (FM 2013.24)

Hoffmeyer, Jørgen: Konkursboets handlepligter (Adv 1986.17)

Højlund Christensen, Lasse: Procesfinansiering i konkurs (ET 2017.252)

Sommer Jensen, Kim: Hæftelse for sagsomkostninger (i konkursboer) (ET 2010.3)

Bøger mv.:

Bryde Andersen, Mads: Grundlæggende aftaleret, 2013, 4. udgave, Gjellerup

Bryde Andersen, Mads: Ret og Metode, 2002, 1. udgave, Gjellerup

Bønsing, Sten: Brancheregler og brancheprocess, 2001, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

D. Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth: Retskilder og retsteorier, 2017, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 2016, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Flindhardt, Michael: Virksomhedspant – samarbejde bygger bro mellem sikkerhedsrettigheder, 2014, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Gomard, Bernhard: Obligationsret 4. del, 2017, 2. udgave ved Torsten Iversen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (Obligationsret)

Gomard, Bernhard: Skifteret, 1969, 2. udgave, Juristforbundet

Gomard, Bernhard, Viggo Godsk Pedersen, Hans, Ørgaard Anders: Almindelig kontraktsret, 2015, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Heiberg, Henry og Lindencrone Petersen, Lars: Virksomhedspant, 2005, 1. udgave, Foreningen af statsautoriserede revisorer

Helge Beck Thomsen, Hans og Rhode, Claus: Kautio og tredjemandspant samt andre solidariske skyldforhold, 2017, 4. udgave, Karnov Group Denmark A/S (Kautio og tredjemandspant)

Højlund Christensen, Lasse: Fremtidige fordringer: særligt med henblik på omstødelse, 1999, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Hørby Jensen, Camilla, Jul Clausen, Nis, Jørgensen, Tanja, Dietz Legind, Nina, Winther Løfquist, Mette og Viggo Godsk Pedersen, Hans: Bankjura – udvalgte emner, 2013, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Kuld Hansen, Torben og Lindencrone Petersen, Lars: Insolvensprocesret, 2014, 3. udgave, Karnov Group Denmark A/S

Lindencrone Petersen, Lars: Karnovs noter til konkursloven (lovbekendtgørelse 2014-01-06 nr. 11), pr. 16. maj 2019

Lyng Andersen, Lennart: Aftaleloven med kommentarer, 2014, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (Aftalelovskommentaren)

Lyng Andersen, Lennart: Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol, 2018, 1. udgave, Ex Tuto

Lyng Andersen, Lennart og Bo Madsen, Palle: Aftaler og mellemænd, 2017, 7. udgave, Karnov Group Denmark A/S

Lyngsø, Preben: Gældsloven, 1989, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Michael Lilja, Troels og Naundrup Olesen, Karsten: Domsanalyse, 2016, 2. udgave, Samfundslitteratur

Mortensen, Peter: Virksomhedspant og fordringspant – sikringsakter og ekstinktion, 2014, 1. udgave, PEJUS

Munk-Hansen, Carsten: Den juridiske løsning – introduktion til juridisk metode, 2017, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, 2018, 2. udgave, Djøf Forlag

Paulsen, Jens: Insolvensret – konkurs, 2010, 1. udgave, Thomson Reuters Professional A/S

Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik, Højlund Christensen, Lasse og Sommer Jensen, Kim: Konkurs, 2014, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Rammeskow, Bang-Pedersen, Ulrik, Lindencrone Petersen, Lars og Spanggaard, Thorvald: Virksomhedspant, 2008, 1. udgave, Forlaget Thomson A/S

Schiøtz, Peter og Jakobsen, Susanne: Konkursprocessen, 2008, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 2016, 1. udgave, Universitetsforlaget Pejus

Ulfbeck, Vibe: Kontraktens relativitet – det direkte ansvar i formueretten, 2000, 1. udgave, Thomson – Gad Jura

Ussing, Henry: Kautio, 1928, 1. udgave, G.e.c. Gads Forlag

Viggo Godsk Pedersen, Hans: Kautio 2016, 11. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

von Eyben, Bo, Mortensen, Peter og Sørensen, Ivan: Lærebog i obligationsret II – personskifte i skyldforhold, fordringers ophør og hæftelsesformer, 2014, 4. udgave, Karnov Group Denmark A/S (Lærebog i obligationsret II)

von Eyben, Bo og Møgelvang-Hansen, Peter: Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, 2013, 7. udgave, Karnov Group Denmark A/S (Kreditorforfølgning)

Werlauff, Erik: Selskabsret, 2016, 10. udgave, Karnov Group Denmark A/S

Ørgaard, Anders: Konkursret, 2018, 12. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Ørgaard, Anders: Sikkerhed i løsøre, 2017, 9. udgave, Karnov Group Denmark A/S

Ørgaard, Anders og Lindencrone Petersen, Lars: Konkursloven med kommentarer, 2018, 14. udgave, Karnov Group Denmark A/S (Konkurslovskommentaren)

Forarbejder:

Betænkning II, nr. 606/1971: Konkurs og tvangsakkord

Betænkning nr. 1086/1986: Kuratorsalærer mv.

Betænkning nr. 1273/1994: Rationalisering og modernisering af konkursbehandlingen

Betænkning nr. 1459/2005: Virksomhedspant

Betænkning nr. 1484/2006: Hurtigere behandling af konkursboer

Betænkning nr. 1512/2009: Rekonstruktion

Betænkning nr. 1525/2011: Konkurskarantæne

Forslag til Lov om ændring af konkursloven og forskellige andre love (Rekonstruktion m.v.) (LFF 2010-03-26 nr. 199)

Folketingstidende (FT) 1994-95 tillæg A

Udtalelser:

Konkursrådets udtalelse om overgangen fra tvangsopløsning til konkurs, 12. juni 2018

Konkursrådets notat om virksomhedspant, april 2003

Sø- og Handelsrettens udtalelse om forhøjelse af sikkerhedsstillelse ved konkurser, 23. maj 2017

Vejledninger:

Vejledning til bekendtgørelse nr. 330 af 7. april 2016 om god skik for finansielle virksomheder

11. Anslagsdokumentation

Ordoptælling

Statistik:

	Sider	74
	Ord	22.928
Tegn (uden mellemrum)		144.371
Tegn (med mellemrum)		166.874
	Afsnit	739
	Linjer	2.397

Medtag fodnoter og slutnoter

OK